الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجزائر

كلية الحقوق - بن عكنون -

الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير

(في القانون المدني الجزائري)

مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع العقود والمسؤولية.

إعداد الطالبة:

*- حـمـداوي نـ ـ ـورة.

تحت إشراف الأستاذة:

د/ ب. مـ ـوالـك.

لجنة المناقشة

1- الأستاذ / ة : .... رئيسا.

2- الأستاذ / ة : .... مقررا.

3- الأستاذ / ة :.. عضوا.

السنة الجامعية: 2002/2001

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجزائر

كلية الحقوق - بن عكنون -

الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير

(في القانون المدني الجزائري)

مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع العقود والمسؤولية

إعداد الطالبة :

***- حـمـداوي نـــورة.**

تحت إشراف الأستاذة :

د/ ب. مـــوالـك.

السنة الجامعية: 2002/2001

إهـــداء

الحمد الذي أعانني على إتمام هذا العمل الذي يعد قطرة من بحر العلم.

أهدي هذه الثمرة الى أبي و أمي الحبيبان أطال ا في عمرهما.

الى إبنتي قرة عيني " **هناء** " .

الى إخوتي و أخواتي و على الخصوص أخي " **رضا** ".

الى الأستاذ الفاضل/ **قادري أعمر**

و الى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل.

شـكـرا.

شكر خـاص

الى من أعانتني بإرشاداتها و توجيهاتها لإكمال هذا العمل المتواضع الدكتورة **/ موالك . ب.**

شـكـ ـرا.

و أتـمـنـى مـن ا عـز وجـل

أن تكون هذه الرسالة في المستوى المطلوب.

مقدمة:

الأصل في التصرف عموما أن ينصرف لمن قام به. فالشخص يلتزم بإرادته أو بعمله المادي و لكن لا يلزم غيره بهذه الإرادة أو بهذا العمل (1).

هذا ما يعنيه قوله تعالى في الآية الكريمة:" و أن ليس للإنسان إلا ما سعى"(2) و قوله تعالى أيضا:" لها ما كسبت و عليها ما إكتسبت" (3). لكن الأصل في التصرف الإنساني النسبية بمعنى أن أثار التصرف تقتصر على شخص المتصرف و لا تتعداه الى غيره، و هذا ما يعنيه مبدأ نسبية أثار العقد.

و المقصود هنا بالغير: الغير الأجنبي أصلا عن التصرف (4).و كان من المفروض طبقا لقاعدة مبدأ نسبية أثار العقد أن يظل هذا الغير بعيدا عن التأثر بالعقد، فلا يتلقى منه حقا و لا يتحمل بسببه إلتزاما و مع ذلك نجد المشرع قد أجاز الخروج عن هذه القاعدة فيما يتعلق بالحقوق وحدها دون الإلتزامات و قرر في المادة 113 من القانون المدني الجزائري:" لا يرتب العقد إلتزاما في ذمة الغير، و لكن يجوز أن يكسبه حقا".

و عليه فالقاعدة العامة لمبدأ نسبية آثار العقد تقبل إستثناءا فيما يخص شقها الإيجابي المتعلق بالحقوق و أهم صورة له الإشتراط لمصلحة الغير المنصوص عليه في المادة 116 من القانون المدني الجزائري. أما شقها السلبي المتعلق بالإلتزامات فإنه لا يقبل إستثناءات إلا في حالات ضئيلة جدا و هذا وفقا لما يقرره القانون.

فالقانون وحده هو الذي يستطيع أن يلزم الغير و هذا حفاظا على الاستقرار في المعاملات بين أفراد المجتمع و من هذه الاستثناءات (5).

1- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية - بيع الفضولي في الفقه الإسلامي و القانون المدني - ج 39 رقم 01 - 2001 بقلم محمد سعيد جعفر . صفحة 25.

2- سورة النجم الآية 39.

3- سورة البقرة الآية 285.

4- د/ عبد السيد أحمد عبد ا . نظرية العقد. في قانون المعاملات المدنية الإمارتي، دراسة مقارنة، الفقه الاسلامي طبعة 1995م دار النهضة العربية صفحة 266.

5- د. محمد حسين منصور مصصادر الالتزام : العقد – الارادة المنفردة ص 2001.200 –د بلحاج العربي النظرية العامةللإلتزام في القانون م ج الجزء الأول التصرف القانوني ، العقد، الارادة المنفردة- ديوان المطبوعات الجامعية ص 15

فالقانون وحده هو الذي يستطيع أن يلزم الغير و هذا حفاظا على الإستقرار في المعاملات بين أفراد المجتمع. و من هذه الإستثناءات:(1).

- يقرر القانون أحيانا للغير دعوى مباشرة في شأن عقد لم يكن طرفا فيه فيكون للدائن رفع دعوى ضد مدين مدينه.

- تطبيقا للمبدأ القائل: " أن الغلط الشائع يقوم مقام القانون " فإن صاحب الشأن يكون مسؤولا عن حماية الغير حسن النية مثل حالة الوارث الظاهر ... .

- تنصرف أثار العقود الجماعية في حق الجماعة كلها و ليس فقط من شارك فيها. مثاله عقود العمل الجماعية حيث أن هذه الأخيرة تبرمها الأغلبية و تسري في حق الأقلية التي لم توافق عليها.

- كذلك خروجا عن المبدأ العام نص القانون على نظام قانوني يمكن أن يترتب عنه نشوء التزامات على عاتق الغير من دون أن يكون قد شارك فيه و المجسد في نظام التعهد عن الغير La promesse de porte fert لكن و إن كان مظهره يوحي أنه إستثناء من مبدأ نسبية أثار العقد إلا أنه في حقيقته مجرد تطبيق له(2)، لأنه كلما كان إنصراف أثار العقد الى الغير معلقا على موافقته كان ذلك تطبيقا للقاعدة العامة.

و يرجع الفضل في بلورة و إبراز أسس نظام التعهد عن الغير الى كل من الفقيه بوتييه POTHIER و بولونجي BOULANGER.(3):

فأما بوتييه فقد تعرض الى التعهد عن الغير في كتابه الإلتزامات Les obligations و كمرحلة أولى من دراسته رأى أنه لا يمكن التعهد الا على نفسه لأنه لما نعد أن شخص آخر سيلتزم بإعطاء شيء دون التعهد عنه فإن هذا لا يلزمه لإعتباره أجنبيا، و لا يلزم الواعد لأنه إفترض أنه وعد من أجل إلزام الغير و لم يعني إلزام نفسه.

1- د/ محمد حسين منصور مصادر الإلتزام: العقد - الإرادة المنفردة صفحة 200 – 201 – د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون – م. ج. ج صفحة 115.

2- د/ عبد السيد أحمد عبد ا ، المرجع السابق صفحة 276 د/ فريدة زواوي، رسالة لنيل رسالة الدكتوراه مبدأ نسبية أثار العقد صفحة 161.

3/ -jean boulonger. La promesse de porte fort et les contrats pour autruis these coen 1933.

أما في المرحلة الثانية من دراسته فقد ذهب بوتييه الى وضع الأسس التـي يقـوم عليها التعهد على الغير، بحيث إعتبره إلتزاما له خاصية ضم الغير لتصرف لا يلزمه الا إذا أقره بنفسه.

أما الفقيه بولونجيه فقد تعرض لموضوع التعهد عن الغيـر مـن خـلال رسـالة ماجيستير تحت عنوان La promesse de porte fort et les contrats pour autruis مبـرزا فيهـا الأسس التي يقوم عليها التعهد عن الغير و الآثار المترتبة عنه.

فنظام التعهد عن الغير نظام صاغته الصناعة الفقهية الغربية، إذ أن الفقه الإسلامي بصفة عامة والعربي بصفة خاصة لم يعرفه من قبل. لكن الفقه الإسلامي يستعيض عـن هذا النظام بنظام الفضالة المعروفة أيضا في القانون الوضعي و الذي يقوم علـى تـدخل الشخص في شؤون الغير بدون أن يكون ملزما بذلك لكن هذا لا يمنـع مـن أن يـضيف الفضولي الى التصرف الذي قام به لحساب الغير وعدا يتعهد بمقتضاه بأن يجعل الغيـر يقبل هذا التصرف و يكون بذلك مسؤولا قبل الموعود له لاسيما أن الوعد فـي المـذهب المالكي يلزم الواعد على خلاف المذاهب الأخرى. (1).

و تجدر الإشارة هنا الى أن التعهد عن الغير يختلف عن الوعد مـن حيـث أنـه يتضمن التزاما شخصيا من المتعهد تجاه المتعهد له و بالتالي يقيم مسؤوليته الشخصية عند رفض الغير الإلتزام بالتعهد. فالتعهد إذن يؤدي معنى الإلتزام و هذا ما لا يفيـده الوعـد (2).

و لقد نص المشرع الجزائري على التعهد عن الغير في المادة 114 من القـانون المدني التي تقضي:" إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإذا رفض الغيـر أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بالإلتزام به. أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينـتج أثره إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنيا إن يسند أثر هذا القبول الى الوقت الذي صدر فيه التعهد.(3).

1- د/ مصطفى الجمال، مصادر الإلتزام صفحة 234.

2- عبد الرزاق السنهوري، الجزء الأول مصادر الإلتزام هامش 1 صفحة 617.

3- و تقابل المادة 114 مدني جزائري المادة 153 مدني مصري و المادة 1120 مدني فرنسي.

فمن خلال نص المادة 114 نجد المشرع الجزائري قد تناول موضوع التعهد عـن الغير دون تعريفه (1).إذ إكتفى بإعطاء الأسس التي يقوم عليهـا التعهـد عـن الغيـر و المتمثلة في:

- إلتزام المتعهد بإسمه و إلتزامه لنفسه تجاه المتعهد له.
- إلتزامه بالحصول على قبول الغير للتعهد.

و يكون بذلك قد إتفق مع الفقه من خلال إعتماده لهذه الأسس لأن التعهـد حـسب الفقه بصفة عامة ما هو الا إلتزام شخصي من المتعهد تجاه المتعهد له بالحـصول علـى موافقة الغير فبدون هذا الإلتزام لا نكون أمام تعهد عن الغير.(2).

فالتعهد عن الغير إذن يدخل في تنفيده ثلاثة أطراف: المتعهد، المتعهد له، المتعهـد عنه (3):

- المتعهد: هو الطرف المدين بالإلتزام بالحصول على موافقة الغير إتجاه المتعهد له.
- المتعهد له: هو الذي حصل التعهد لصالحه و لمنفعته.
- المتعهد عنه: هو الغير نفسه و الذي يلتزم المتعهد بإقناعه على الإلتزام بالتعهد.

و تبرز الأهمية العملية للتعهد عن الغير في عدة مجالات:

في المجال العائلي و المالي فالتعهد عن الغير تدعو إليه الحاجة من الناحية العملية عندما يتعذر الحصول على موافقة صاحب الشأن بسبب غيابه و لا تكـون هنـاك نيابـة تسمح بإبرام العقد بإسمه كأن يعرض على شركاء على الشيوع شراء العين المشاعة بثمن مغري و لم يكن أحدهم حاضرا فخشية ضياع الفرصة يقبل الشركاء التعاقد عن أنفـسهم و التعهد عن شريكهم الغائب بالموافقة على البيع عند حضوره.

1- د/ علي فيلالي الإلتزامات – النظرية العامة للعقد، صفحة 334.

ملاحظة:و لا يعتبر هذا عيبا أو نقصا فيه لأن التعريف عمل فقهي أكثر منه عمل تشريعي.

2- د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج 1 صفحة 619. jean boulonger these precite p.7 et

(HENRY ET LEON) MAZEAUD ET JEAN (MAZEAUD LES LECONS DE DROIT CIVIL : TOME II 1ER VOLUME P 594 .

3- د/ محمد حسين منصور. مصادر الإلتزام، الصفحة 303.

كما يمكن أن تدعو الحاجة الى التعهد في حالة نقص أهلية صاحب الشأن إذا مـا تخلفت النيابة عنه في إبرام العقود مثاله أن يتصرف شركاء على الـشيوع ببيـع المـال المشاع مع وجود قاصر بينهم و تحاشيا مـنهم للإجـراءات المطلوبـة مـنهم قانونيـا. - كالحصول على إذن من القضاء. - يتعهدون عنه بإقرار العمليـة عنـد بلوغـه سـن الرشد(1).

* - **مجال الـشركات:** ففي حالة تأسيس الشركة يكون بإمكان مؤسـسيها التعامـل لحسابها متعهدين عنها أنها ستقر بعد تأسيسها التعاملات المبرمة في هـذه الفتـرة (2). المطابقة و هذا ما تقرره المادة 549 من القانون التجاري الجزائري التي تقضي: لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري. و قبل إتمـام هـذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا بإسم الشركة و لحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقهـا التعهـدات المنعقدة " (3).

أما الشركات المدنية فلقد تقرر لها نفس الحكم في المادة 1843 مدني فرنسي أمـا في القانون المدني الجزائري فلا وجود لنص خاص لها. إلا أنه ليس هناك ما يمنع مـن التعهد عن شركة مدنية للحصول على إقرارها بعد تأسيسها (4). لا سيما و أن المـشرع الجزائري لم يحدد في المادة 114 قانون مدني جزائري من هو " الغير " حـسب رأينـا و يمكن أن يكون هذا الغير إما شخصا طبيعيا قاصرا كان أو راشد أو شخـصا معنويـا موجودا أو مستقبلا كما في حالت شركة مدنية أو شركة تجارية لم يتم تأسيسها بعد.

و تجدر الإشارة هنا الى أن ميزة الضمان (5) التي يتمتع بها نظام التعهـد عـن الغير و المجسدة في الإلتزام الشخصي للمتعهد تجاه المتعهد له أدت الى خروج التعهد عن الغير من مجاله التقليدي الى مجالات حديثة.

1- د/ مصطفى الجمال المرجع السابق صفحة 234،د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج1 صفحة 618-619.

2- M Vericel - ART desuetude ou actualité de la prommesse de port fort Page 123 – 124.

3- و تقابل المادة 549 قانون التجاري جزائري المادة 2/5 من القانون التجاري الفرنسي من قانون 24 جويلية 1966.

4- د/ فريدة زواوي، رسالة دكتوراه المرجع السابق صفحة 164.

5- M Stork juris classeur civil ART 1120 Fas 7 . 2 . contrat et obligations 1992. Page 4.

فمن أداة قانونية يراد بها تغطية غياب صاحب الشأن أو لعـدم أهليتـه الـى أداة قانونية تربط بين عدة عقود أو توازن بين المتعاقدين من حيث إستفادة كل طرف من العقد الرئيسي أو توازن بين المعاملات في مجال العلاقات التجارية الدولية (1).

أولا: التعهد كأداة ضمان:

قد يتفق طرفان في عقد معين و يتعذر على أحدهما ضمان تنفيذ العقد لوحده بحيث يكون بحاجة الى الغير فيلجأ الى التعهد عن الغير مثاله المقاول الذي يكون غير متأكد من تنفيذ المشروع بنفسه يتعهد الى رب العمل أنه سيحصل على كفالة بنك معين.

ثانيا: التعهد كأداة توازن بين العقود(2):

و هنا يأتي التعهد هنا لتغطية الفارق الموجود بين المتعاقدين من حيـث إسـتفادة طرف من العقد الرئيسي بحيث يتحصل على فائدة أكبر من المتعاقد الآخر و لتحفيز هـذا الأخير على التعاقد يلجأ الطرف المستفيد من العقد الرئيسي الى التعهد عن الغير بجعلـه يتعاقد مع المتعاقد الآخر. فمن المعمول به غالبا في حال العقد الذي يبرمه صاحب محـل للمشروبات مع ممول للمشروبات و مقابل الخدامات التي يقدمها هذا الأخير يتعهـد لـه صاحب المحل بأنه في حال تنازله عن محله للغير سيجعل هذا الغير يتعامل معه بالتـالي يكون من حق الممول الحصول على تعويض في حال رفض الغير المتنازل له الإلتـزام بالإلتزام المتعهد به عنه.

كما أنه بالرجوع الى العلاقات التجارية الدولية نجد التعهد عن الغير كأداة قانونيـة توازن بين المعاملات Transactions. خصوصا إذا تعلق الأمر بعقود مقايضة بين شـركات الدول الغربية و الهيآت التجارية الخارجية للدول النامية بحيث أن هذه العقود تسمح لهـذه الأخيرة من تغطية عجزها للعملة الصعبة، بحيث تفرض عن مصدر الدول الغربية دفـع سلع بدلا من الدفع نقدا على كل المعاملة أو جزء منه فمقابل أن تشتري الدول النامية مثلا آلات من الدول المتطورة تتعهد هذه الأخير عن شركاتها الوطنية بأنها ستشتري المنتـوج المتحصل عليه من هذه الآلات.

1- M Vercel ART precite page 128.
2- M vericel. A R T. Pricite pqge 128 et 129.

و هذه العقود تعرف بإلتزام مقابل الشراء. Engagement de contre achats و التي تكـون مقرونة بشرط جزائي المدعوم بكفالة (1).

كذلك بالرجوع الى المجال القانوني نجد التعهد عن الغير في فرنسا نظـام معتمـد لدى المحامين و هذا لتسهيل ممارسة مهامهم، فالتعهد في هذا المجال يعطى كضمان مـن المحامين عن وكلائهم في حالة الحجز أو الحبس و كذلك في حالة التدابير المؤقتة(2).

و تجدر الإشارة هنا الى أن إختلاف مجالات التعهد يظهر لنا أن التعهد عن الغير ليس بنادر الوقوع في الحياة العملية كما يعتقد البعض، فهو يتـأقلم و متغيـرات الحيـاة العملية فمن مجال العلاقات العائلية و المالية الى مجال الإقتصاد و العلاقـات التجاريـة الداخلية و الدولية و كل هذا يرجع الى صفة الضمان التي يتمتع بهـا و التـي يمنحهـا للطرف الأخر ففي كل الحالات يكون للمتعهد له حق الحصول على تعويض فـي حـال رفض الغير الإلتزام بالتعهد - المادة 1/114 مدني جزائري -.

لكن بالرغم من كل هذه الأهمية العملية للتعهد عن الغير يبقى هذا الأخير يطـرح عدة إشكالات في قانوننا الوضعي:

*- برجوعنا الى نص المادة 114 نجد المشرع قد إعتبـر التعهـد عـن الغيـر عقدا: " ...... وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ......" هذا من جهة و من جهـة أخرى نجد التعهد ضمن القسم الثالث المعنون – أثار العقد – فإن كان التعهد عقـدا لمـاذا وضعه في هذا القسم و لم يخصص له قسما خاصا مثله مثل العقـود الأخـرى كالكفالـة أو عقد البيع ... الخ؟.

فحسب هذا التقسيم يظهر التعهد كأنه أثر لعقد من العقود و ليس كعقد لـه أركانـه و شروطه الخاصة به ؟ .

1- M Vericel A R T precite page 128 et 129.
2- ARTICLE 6:LIENS MATERIELS PERSONNELS AVEC LE CLIENT- PORTE- FORT -DU 21 FEVRIER 1969.
- EXT. BULLETIN - PORTE- FORT- NI 73,OCTOBRE 1983

على خلاف المشرع الألماني الذي جعل من التعهد عقدا و وضعه ضـمن طائفـة عقود الضمان التي يشتمل محلها على إصلاح الضرر الناتج عن عدم الإقـرار أو تنفيـذ الإلتزام الأصلي كعقد الكفالة.(1).

*- بالرجوع الى نص المادة 114 نجد المشرع الجزائري لم يحدد بالضبط وظيفة تعبير الغير فهو حقيقة جعل التعهد إيجابا بإعتباره موافقة الغير قبولا لكنه في نفس الوقت إعترف بالأثر الرجعي للقبول و بالتالي يكون قد تأثر بنظرية العقد التام التي تعتبر التعهد عقدا تاما و ما موافقه الغير إلا إقرارا له و حسب رأينا يعد هذا موقف غير سـليم فإمـا الأخذ بنظرية الإيجاب كلية أو نظرية العقد التام. فكل منهما له حججه و لا يمكن الأخـذ بالموقفين معا. و بذلك يطرح التساءل هنا هل التعهد إيجاب موجه للغير و بـذلك يلتـزم الغير بمقتضى عقد جديد؟ أم هو عقد واحد و بذلك يكون التزام الغير بمقتضى التعهد ؟ أم أن هناك حالات يمكننا إعتبار التعهد إيجابا فيها و حالات يكون فيها التزام الغير بمقتضى التعهد ؟.

- ثالثا: يطرح الإشكال في موضوع بحثنا أيضا حول المركز القانوني للمتعهد عن الغير. فهل المتعهد يعتبر وكيلا خصوصا و أن إرادته هي التي تحل محل إرادة الأصيل؟ أم أنه فضولي خصوصا و أنه يتدخل في شؤون الغير بدون أن يكون ملزما؟.

أم أنه كفيل خصوصا و أن المادة 114 من القانون المدني الجزائري تجيز له تنفيذ الإلتزام المتعهد به عند رفض الغير الإلتزام بالتعهد؟.

و تجدر الإشارة هنا أنه قد تم الإعتماد على ما هو مأخوذ فـي الفقـه و القـضاء الفرنسيين و ذلك لإفتقار القضاء الجزائري للأحكام القضائية للتعهد عن الغيـر و حـسب رأينا يرجع ذلك على العموم:

1- ربما لجهل الناس بوجود أداة قانونية تسمح لهم بالتعامل نيابة عن الغير بـدون وجود سلطة لتولي شؤونه؟.

1- jean boulonger these precite page 07.

و هنا يظهر دورنا في إبراز التعهد كنظام مستقل له خصائصه و أسسه و أحكامه مثله مثل الأنظمة القانونية المشابهة له و بالتالي إبراز مدى أهميته فـي الحيـاة العمليـة و خاصة التجارية و الإقتصادية نظرا لكون هذه المجالات تقوم علـى صـفة الـضمان و الإئتمان التي لا يفتقر اليها التعهد عن الغير.

و من خلال هذه التساءلات المطروحة يمكننا طرح الإشكال الرئيـسي لموضـوع بحثنا حتى نتمكن من إيضاح الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير. **هل التعهد عن الغير نظام قانوني قائم بذاتيه رغم نقاط التشابه التي تجمعه مـع كـل مـن الفـضالة و الوكالـة و الكفالة؟ و ما هي القيمة القانونية للتعهد عن الغير كتصرف قانوني تم بدون سـلطة و بالتالي ما هو دور و آثر تعبير الغير في تحديد طبيعته القانونية؟.**

و سنحاول الإجابة عن هذا الإشكال من خلال فصلين:

<u>الفصل الأول</u>: نتعرض فيه الى تحديد المركز القانوني للمتعهد من خلال مبحثين:

<u>المبحث الأول</u>: نتعرض فيه الى مركز المتعهد من حيث أنه متولي لشؤون الغير.

<u>المبحث الثاني</u>: نتعرض فيه الى مركز المتعهد من حيث أنه ضامن لإلتزام عقدي.

<u>الفصل الثاني</u>: و يعتبر هذا الفصل كنتيجة للفصل الأول في كون التعهد نظام قائم بذاته من خلال مبحثين:

المبحث الأول: نتعرض فيه الى تحديد القيمة القانونية للتعهد عن الغير من خـلال مطلبين.

<u>المبحث الثاني</u>: نتعرض فيه الى تحديد أثر تعبير الغير في التعهد عن الغير.

و أخيرا الخاتمة نتعرض فيها الى النقاط الرئيسة المتوصل اليها في تحديد التعهـد عن الغير كنظام قائم بذاته له خصائصه و أسسه الخاصة به مثله مثل الأنظمة الأخرى.

الفصل الأول

المركز القانوني للمتعهد عن الغير

يتضمن التعهد عن الغير التزاما شخصيا من المتعهد تجاه المتعهد لـه بالحـصول على رضاء صاحب الشأن، فالمتعهد يتصرف بإسم الغير حيث يظهر بمظهـر المتـولي لشؤون ذلك الغير (المبحث الأول) فما مدى إعتباره وكيلا (المطلب الأول) و مـا مـدى إعتباره فضوليا (المطلب الثاني).

و لكن المشرع ألزم المتعهد عند توليه لشؤون الغير بـضمان الإلتـزام التعاقـدي (المبحث الثاني).

هل هذا يعني أن هذا الضمان مجرد وعد بالتعاقد أم أنه ضـمان لالتـزام عقـدي نهائي؟ (المطلب الأول).

كما أن ضمان المتعهد للإلتزام التعاقدي هل يجعل منـه كفـيلا خـصوصا و أن المشرع الجزائري قد أجاز له تنفيذ الإلتزام المتعهد به عند رفض الغيـر لـه(المطلـب الثاني).

المبحث الأول

المتعهد متولي لشؤون الغير

قد يباشر التصرف القانوني صاحب الشأن فيه أي الأصيل، كما قد يباشره عنه الولي أو الوكيل و يكون التصرف في هذه الحالة صادرا ممن له ولاية التصرف.

غير أنه قد يباشر التصرف ممن ليست له ولاية التصرف من صاحب شأن أو مجاوزا لإذن صاحب الشأن.

و قد يسلم المشرع لفكرة أن للشخص أن يتصرف في شؤون الغير متى دعت الضرورة لذلك محافظة على مصلحته و هذا طبعا على أن لا يضر بالغير و ذلك كما في حالة الفضولي أو الوكيل المجاوز لحدود سلطته أو المتعهد.

من جهة نجد التعهد عن الغير يتضمن نيابة من المتعهد في تولي شؤون الغير فهل هذا يعني أنه يعد وكيلا عن هذا الغير؟ (المطلب الأول).

من جهة أخرى نجد المتعهد يلتزم شخصيا تجاه المتعهد له دون أن يكون ملزما بذلك فهل هذا يعني أنه يعد فضوليا عن الغير؟. هذا ما سوف نحاول إبرازه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول

مدى إعتبار المتعهد وكيلا

و تدعو الحاجة الى التعهد عن الغير عموما عندما يتعذر الحصول علـى رضـاء صاحب الشأن نظرا لنقص أهليته أو لغيابه (1).

فالتعهد عن الغير يتضمن نيابة في تولي شؤون الغير مقرونة بإلتزام شخصي مـن المتعهد بالحصول على موافقة الغير أو التعويض (2).

بذلك يتفق التعهد عن الغير و الطبيعة القانونية للنيابة في التعاقـد وفـق المفهـوم الحديث لنظرية النيابة (3) و التي نعني بها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل و كأنما الأصيل هو الذي قام به بنفسه (4) فالمتعهد عندما يقوم ببيع عقار للغير مثلا فإن إرادتـه تحل محل إرادة الغير في عملية البيع بحيث أنه يباشر البيـع مـع تعهـده للمتعهـد لـه بالحصول على موافقة الغير بحيث تتم عملية البيع و كأن المتعهد وكيلا قانونيـا ، فنيـة التعهد عن الغير و التعامل لحساب هذا الغير تظهر بمجرد إلتزامه بضمان الحصول على موافقة الغير. و بالتالي يكون تعبير عن الإرادة في العقد صادرا عن إرادته و كأنه وكيل. فهل المتعهد هنا يعتبر وكيل عن الغير أم أنه يختلف عنه هذا ما سوف نحاول دراسته من خلال هذا المطلب و ذلك بالرجوع الى أسس قيام التعهد عن الغير المنصوص عنه فـي المادة 114 من قانون مدني جزائري.

1- د/ عبد المنعم فرج الصدة. مصادر الإلتزام ، صفحة 407.

2- د/زهير المارثين: الوجيز في نظرية الإلتزام – مديرية الكتب و المطبوعات – حلب طبعة أولى 1967. ص155.

- د/ محمد حسين منصور. مصادر الإلتزام صفحة 302 و كذلك الدكتور عبد الحي حجازي النظرية العامة للإلتـزام ج2 مصادر الإلتزام صفحة 219.

3- Jean Boulanger these precite page 21. و هذا ما تؤكده المواد 73 الى 76 مدني جزائر

4- د/ علي علي سليمان ، المرجع السابق ج 1 صفحة 42.

الفرع الأول

إلتزام المتعهد بإسمه و بالزامه لنفسه

يرى بولونجيه: أننا لسنا بصدد النيابة المقصود بها حلول إرادة النائب محـل إرادة الأصيل لأن هذه الإرادة تنقصها السلطة اللازمة لتولي شؤون الغير، لكننا أمـام النيابـة المتعلقة بمصالح الغير فالإختلاف ظاهري، لأنه في غالب الأحيان يتـدخل النائـب فـي التعامل لحساب الأصيل دون إذن مسبق فيلجأ الى التعهد لأن هذا الأخير لم يوكله و هنـا يكون المتعهد وكيلا يشترط أن تضاف أثار التصرف الى الأصيل بعد إقـراره لمـا تـم لحسابه بدون سلطة (1).

و لكن يمكننا الرد هنا أنه يكون هذا صحيحا لو كان المتعهد وكيلا مجاوزا لحـدود سلطته لكن في نظام التعهد عن الغير ليست ثمة وكالة سابقة فكيـف نفتـرض وجودهـا خصوصا و أن الغير المتعهد عنه يمكن أن يكون قاصرا أو شخصا مستقبليا مثـل حالـة الشركة التجارية التي لم تقيد في السجل. كما أن العبرة ليست بنية المتعهد فـي التعامـل لحساب الغير بل بإرادته و التي تفتقر للسلطة اللازمة للتدخل في تولي شؤون الغير نظرا لغياب السلطة لديه. و إن كانت الصورة الغالبة للتعهد عن الغير هي حالة الوكيل المجاوز لحدود سلطته لكن هنا يمكننا التعقيب أن الوكيل يكون وكيلا فيما يخص حـدود وكالتـه و متعهدا فيما عدى ذلك فبالرجوع الى أسس قيام الوكالة و التعهد عن الغير نجد إختلافـا جذريا بين كلا النظامين من حيث أن: المتعهد يلتزم بإسمه و بإلزامه لنفسه و ليس الغيـر (الفرع1) و أثار التعهد تنصرف الى المتعهد و ليس الغير (الفرع 2).

و بالرجوع الى نص المادة 114 من القانون المدني الجزائري نجد أن التعهد عـن الغير يستلزم لقيامه أن يلتزم المتعهد بإسمه هو لا بإسم الغير الذي يعد طرفا أجنبيا عنه.

1- Jean Boulanger these precitee page 23 et 24.

فالتعهد عن الغير عملية ذات طرفين يكون فيها المتعهد الطـرف المـدين تجـاه المتعهد له(1). و يرجع هذا الشرط الى كون أن المتعهد لم يحصل على توكيل من هـذا الغير يجيز له القيام بعمل معين. فالوكيل وحده الذي يتعاقد بإسم الأصيل و لحسابه نظرا لوجود وكالة من هذا الأخير(2).

فلا بد أن تتجه إرادته الى إلزامه لنفسه لا الى الزام الغير، فإذا أراد إلزام الغيـر بالتعهد فإن تعهده يعد باطلا لإستحالة المحل لأن إلتزام الغير سيكون عند موافقتـه علـى الإلتزام المتعهد به مما يجعل من التعهد تطبيقا منطقيا للقاعدة العامة لمبدأ نسبية أثار العقد (3).

و بما أن المتعهد هو الطرف المدين بالإلتزام تجاه المتعهد له في نظـام التعهـد. يستلزم منه ذلك أن تكون له أهلية التعاقد المطلوبة قانونا لإبرام التصرفات القانونية و خلو إرادته من عيوب الإرادة كالغلط و التدليس و الإكـراه و الإسـتغلال أو عـارض مـن عوارض الأهلية - المادة 42 و 43 مدني جزائري. و هنا يتميز المتعهد عن الوكيل فـي كون أن هذا الأخير يتعامل بإسم الموكل و لحسابه و بالتالي ينظر في التعاقد الـى إرادة النائب من حيث سلامتها من عيوب الإرادة و في إنصراف أثر التعاقد الى الأصيل فنكون هنا أمام إرادة ظاهرة من ناحية و أهلية من ناحية أخرى (4).

و يجب الإشارة الى أنه ليس كل من يتعامل بإسمه عن الغير يعـد متعهـدا عنـه مثل حالة الوضع الظاهر و النيابة الناقصة:

1- د/ أنور سلطان ، المرجع السابق صفحة 212.
2-د/ خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق صفحة 128.
3- د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج1 صفحة 619.
4- د/ علي علي سليمان المرجع السابق ج1 صفحة 41 – الأستاذ بوحلاسة عمر مجلة الموثق العدد 15 سـنة 1998 ص 43.

*- فقد يحدث أن يتعامل شخص بإسمه مع الغير و يعتقد هذا الأخير أنه يتعامـل مع صاحب الشأن أو مع نائب قانوني هنا نحن أمام وضع ظاهر ينـشأ عنـه أن يكـون الأصيل هو الملتزم إتجاه هذا الأخير حسن النية و هذا تطبيقا للقاعدة القانونية: " المظهـر الظاهر يحمي المخدوع" (1).

هذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في قضية بيع مقترن بتعهد من الزوج لعقار مشترك بينه و بين زوجته، حيث ألزمت الزوجة بعملية البيع على أساس الوضع الظـاهر حماية للمشتري حسن النية لأن التعهد لا يلزمها (2). و نحن نرى أن هذا القـرار يعـد تطبيقا للقواعد العامة المتعلقة بحماية الغير حسن النية خصوصا و أن التعهـد فـي هـذه الحالة لا يلزم الزوجة في شيء بينما الوضع الظاهر يلزمها بتنفيذ ما تم الإتفاق عليه.

*- كما لا بد من عدم الخلط بين التعهد و الإنابة الإتفاقية خصوصا و أن النائـب في نظام الإنابة الإتفاقية يتعامل بإسمه و بعقد آخر تنتقل أثار العقد الـذي أبرمـه الـى الأصيل، مما ذهب بالبعض الى إعتبار التعهد الإنابة الإتفاقية (3).

لكن يمكن الرد هنا أن الإنابة الإتفاقية تنظم علاقة داخلية بين كـل مـن النائـب و الأصيل، حيث يلجأ هذا الأخير الى مثل هذا التعامل تهربا من القـانون كـأن يكـون شخصا مخطورا عنه قانونا ممارسة نشاط معين فيلجأ الى تعيين شخص يعمـل ظاهريـا بإسمه (النائب) و لكنه في حقيقة الأمر يعمل لحسابه، و أهم صورة لهـذا التعامـل هـي العمولة LA Commission و فيها يكون النائب ملزما تجاه الأصيل المناب بصرف أثار التعامل اليه و يكون للأصيل أن يلزمه بدعوى شخصية إما بنقل أثار النيابة الـى ذمتـه و إمـا بالتعويض (4).

بينما إذا رجعنا الى نظام التعهد عن الغير فإنه ليست ثمة علاقـة بـين المتعهـد و المتعهد عنه. فالمتعهد يتدخل بدون سلطة و لا يدعي أنه نائب بل يسلم أنه متولي شؤون الغير بدون سلطة، فيظل المتعهد عنه أجنبيا عن التعهد حتى يوافق عليه.

1- د/ محمد حسين منصور مصادر الإلتزام: العقد - الإرادة المنفردة صفحة 200 – 201

2- Cass civ 14 decembre 1976 cite par M , STORCK juris classeur CIV precite N° 41.

3- Jean Boulanger these precite page 68 et 69.

M, STORCK juris classeur civ. Precite page 11.

4- عبد الحي حجازي، مصادر الإلتزام ج2 صفحة 195.

الفرع الثاني

إنصراف أثار التعهد للمتعهد

بالرجوع الى نص المادة 114 الفقرة الثانية من القانون المدني نجد أن التعهد عن الغير ليس إستثناءا من قاعدة عدم إنصراف أثار العقد الى الغير، ذلك لأن من يتعهد بجعل الغير يلتزم بالتزام معين لا يلزم الغير و إنما يلزم نفسه و بالتالي إنصرف أثار التعهد الى المتعهد و ليس الغير، فهذا الغير لا يصبح مدينا بمقتضى هذا التعهد و إنما الذي يصبح مدينا هو المتعهد نفسه (1).

و في ذلك يختلف التعهد عن الغير عن التعاقد الذي يجربه النائب بإسم الأصيل فالنائب يحصل على إذن مسبق من الأصيل لذا تنتقل آثار نيابته الى هذا الأخير. و إذا كان النائب مجاوز لحدود نيابته فإن ذلك لا يلزم الأصيل لإنعدام النيابة، فإذا أقره الأصيل صار نافذا في حقه.

لكن تعاقد النائب في مثل هذه الحالة كثيرا ما يضاف إليه تعهدا عن الغير يبرمه النائب بإسمه شخصيا، و يتعهد فيه بالحصول على إقرار الأصيل للعقد الذي أبرمه بإسمه، فيكون هذا التعهد ملزما له شخصيا و إن كان غير ملزم للأصيل (2).

مما تقدم نستخلص أن المتعهد ليس وكيلا عن الغير فتعامله بإسمه تجاه المتعهد له كاف لوحده لتمييزه عن الوكيل، لكن هذا لا يمنع من أن يجمع الشخص بين الصفتين بأن يكون وكيلا و متعهدا في آن واحد كما في حالة الوكيل المتعهد لما جاوزه من حدود السلطة المخولة له بحيث يكون وكيلا لما تم توكيله له و متعهدا فيما عدى ذلك فلا بد من توافر شروط النظامين معا.

1- د/ عبد الحي حجازي النظرية العامة للإلتزام جزء 1 ص 220.

2- د/ مصطفى الجمال. المرجع السابق صفحة 236.

المطلب الثاني

مدى إعتبار المتعهد فضوليا

الفضولي هو من غلب في الإشتغال بما لا ولاية له فيه، فهو يتدخل فـي شـؤون الغير بدون توكيل أو نيابة (1).

و يمكننا بناءا على ذلك إعتبار المتعهد فضوليا طالما يتولى شؤون الغير بدون أن يكون ملزما، بحيث انه يتدخل في شؤون الغير خشية تفويت فرصـة مربحـة لـصاحب الشأن، مما أدى بالبعض الى إعتبار المتعهد فضوليا لكن فضالته تكون معلقة على شـرط واقف و هو موافقة الغير له(2).

يمكن الرد على ذلك أن الفضالة تنتج أثرها بالنظر الى أهميتها تجـاه رب العمـل و ليس بالنظر الى إقراره (3).

كما أنه لو تعمقنا في أسس قيام كل من الفضالة و التعهد عن الغير نجد أن المتعهد يلتزم بإسمه و ليس بإسم الغير و تنصرف أثار التعهد إليه (النقطة1) كما أنه يقوم بأعمال التصرف (الفرع 2) و أنه ملزم بتحقيق نتيجة (الفرع3).

الفرع الأول: تصرف المتعهد بإسمه:

يتصرف المتعهد أصالة عن الغير و كأنه صاحب الـشأن، إذ يتـصرف بإسـمه و تنصرف آثار هذا التصرف اليه و ليس للغير على خلاف الفضولي.

فالمتعهد عند توليه لشؤون الغير لا يدعي أنه فضولي عن الغير بل يسلم أنه متعهد عن هذا الغير. فالتعهد على الغير يستلزم أن تتجة إرادة المتعهد للإلتزام بإسمه و بإلزامه لنفسه و ليس الى الزام الغير الذي يظل أجنبيا عن هذا التعاقـد. و بـذلك يختلـف عـن الفضولي الذي يعمل بإسم رب العمل كما لو كان نائبا عنه دون أن تكون هناك إنابة.

1- المجلة الجزائرية السابق ذكرها ج 39 صفحة 24.

2- jean boulanger these precite page 11 a 15.

3- فريدة زواوي، المرجع السابق صفحة 164 مأخوذة من Marty et laynand T2 page 230.

و يترتب على تصرف المتعهد بإسمه إنصراف آثار التعهد اليه و ليس للغير فالغير حر و لا يعنيه التعهد طالما لم يوافق عليه.

بينما الفضولي نظرا لتصرفه بإسم رب العمل فإن كل التصرفات التي يقـوم بهـا تتصرف الى هذا الأخير فحسب المادة 157 من القانون المدني الجزائري، فإن رب العمل ملزم بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه و بإسـمه و بـرد النفقـات النافعـة و الضرورية.

غير أنه ينبغي التفريق فيما يخص هذه التعهدات بين فرضيتين:

*- فإذا كانت التعهدات التي تولى عقدها الفضولي بإسم رب العمل بـإن أضـاف العقد إليه فإن هذا الأخير يلتزم بمقتضى النيابة القانونية التي تنشأ عن الفضالة و بها يصبح دائنا و مدينا لمن تعاقد معه الفضولي.

*- أما إذا كانت التعهدات التي تولى عقدها الفضولي بإسمه شخصيا بإن أضـافة العقد الى نفسه لا الى رب العمل فإن هذا الأخير لا يصبح دائنا أو مدينا لمن تعاقد معـه الفضولي. بل ترجع آثار تصرف الفضولي إليه شخصيا، و رب العمل إذا كان ملزما بهذه التعهدات فلا يكون ذلك على أساس الفضالة و إنما على أساس آخر كالإثراء بـلا سـبب (1).

و نحن نرى أنه في هذه الصورة الأخيرة يقترب مركز الفضولي من مركز المتعهد عن الغير في كونه تعامل بإسمه و ليس بإسم رب العمل. غير أنه يبقى الإختلاف بينهمـا فيما يخص أن المتعهد عن الغير عند تعامله يقيم مسؤوليته الشخصية تجاه المتعاقد معـه و هذا ما يميزه عن الفضولي.

1- مجموع الأعمال التحضيرية المصرية الجزء 2 لسنة 1959 – أشار الى هذا المرجع الدكتور علي سليمان المرجع السابق الجزء الأول الصفحة 292.

غير أنه لا مانع من أن يجمع الشخص بين صفتي الفـضولي و المتعهـد فـي آن واحد، كأن يقوم الفضولي بتعهدات تجاه المتعاقد معه و هذا الأخير حفاظـا علـى حقـه يشترط على الفضولي أن يضمن له حقه في حالة منازعة رب العمل في تحقيق شـروط الفضالة كأن يستعين الفضولي ببناء لترميم منزل و يرى رب العمل أن التصرف الذي تم لحسابه ليست له أهمية فيرفض دفع النفقات التي صرفت لهذا العمل، ففـي هـذه الحالـة يجمع بين صفتي الفضولي و المتعهد فهو متعهد بالنسبة للبناء المتعاقد معـه و فـضولي بالنسبة لرب العمل.

الفرع الثاني

إلتزام المتعهد عن الغير بالقيام بعمل

لم تحدد المادة 114 من القانون المدني الجزئري ما يمكن التعهد به عـن الغيـر و بالتالي يمكننا القول أن التعهد يشمل كل ما يمكن أن يتعلق بفعل الإنسان(1) لكن بشرط أن تكون هذه الأفعال غير مخالفة للنظام العام و الآداب العامة و إلا كان التعهد باطلا.

و يمكن تصنيف الأعمال التي يمكن التعهد بها عن الغير ضمن طائفـة الإلتـزام بالقيام بعمل (2)، و إن كان بإمكان الغير أن يلتزم بالتعهد بدون أن يتدخل المتعهد بإقناعه بالإلتزام به، كأن يعلم الغير بالتعهد من شخص آخر دون المتعهد.

و يمكن تصنيف هذه الأعمال الى: أعمال مادية و أعمال قانونية و هذه الأخيـرة يمكن أن تكون أعمالا قانونية سيقوم بها الغير أو أعمالا قانونية سيقرها الغير.

1- **إلتزام المتعهد بجعل الغير يقوم بعمل مادي**(3)**:** و مثاله أن يتعهد (أ) بأن (ج) سيقوم ببناء منزل لـ(ب) أو برسم لوحة له أو هدم حائط أو قطع أشجار. هنا التعهـد لا يظهر بأسسه القانونية المجسدة في إقرار الغير و رجعية هذا الإقرار.

1- أنور سلطان ، المرجع السابق صفحة 214.

2- M.STORCK, OP. Cit, page 07.
3- M.STORCK, OP. Cit, page 08.

فأهمية التعهد تظهر عندما يكون متعلقا بتصرف قانوني يلتزم فيه المتعهد بجعل الغير يوافق على الإلتزام به. فالتعهد بجعل الغير يقوم بعمل مادي هو الإستثناء (1) و يمكننا إدراجه ضمن باب المعاملات فتعهد (أ) مثلا بجعل (ج) يقوم بوضع سياج يفصل بين ملكيته و ملكية (ب) يعتبر تدخلا من (أ) للصلح بين (ب) و (ج) و فك النزاع القائم بينهما.

2- الإلتزام المتعهد بجعل الغير يقوم بتصرف قانوني(2):

قد يأتي التعهد كضمان لتصرف رئيسي قد قام به المتعهد و المتعاقد معه مثال: أن يتعهد (أ) لـ (ب) أن البنك سيقوم بإعطائه كفالة تحفيزا له لإبرام الإتفاق الرئيسي.

و قد يتعهد المتعهد بجعل الغير يقوم بتصرف قانوني كأن يتعهد (أ) لـ (ب) بأن يجعل (ج) يقوم بإبرام عقد معين معه و هذا العقد قد يكون عقدا ملزما لجانب واحد: كالتعهد بجعل الغير يهبه عقارا مثلا كما قد يكون هذا العقد عقدا ملزما لجانبين كالتعهد بجعل الغير يقوم بإبرام عقد بيع أو عقد إيجار... الخ.

<u>3- إلتزام المتعهد بجعل الغير يقر تصرفا قانونيا</u> <u>(3)</u>:

في هذه الحالة يقوم المتعهد بإبرام عقد لحساب الغير دون أن تكون له سلطة من هذا الأخير و يضيف الى هذا التصرف تعهدا منه بجعل الغير يقر التصرف الذي تم لحسابه بدون سلطة و هذا بحصوله على إقرار هذا الأخير كأن يقوم شركاء ببيع المال المشترك بينهم و يكون أحدكم غائبا فيضيفون لعملية البيع تعهدا عن هذا الشريك الغائب.

و عليه من خلال تصنيفنا لأعمال المتعهد بها عن الغير يتبين أن هذه الأعمال تدخل ضمن طائفة أعمال التصرف و أهم هذه الأعمال عقد البيع بينما أعمال الفضولي و إن كان بإمكانه أن يقوم بأعمال مادية أو قانونية لحساب رب العمل إلا أنها لا تتعدى أعمال التصرف(4). إذن فمجال عمل المتعهد أوسع منه من مجال عمل الفضولي.

1- Jean boulanger these precitee page54

2- M.STORCK, OP. Cit, page 05.

3- د/ مصطفى الجمال: المرجع السابق صفحة 240.

4- M. Vericel ART precite page 124. Jean boulanger these precitee page 11.

الفرع الثالث

التزام المتعهد بتحقيق نتيجة

يظهر أيضا الإختلاف بين المتعهد و الفضولي من حيث طبيعة محل التـزام كـل منهما فالمتعهد كأصل عام ملزم بتحقيق نتيجة.

فبالرجوع الى نص المادة 114 من القانون المدني الجزائري نجد المشرع قد الزم المتعهد بدفع تعويض للمتعاقد معه إذا رفض الغير الإلتزام بالتعهد و هـذا دليـل كـاف لإعتبار التزام المتعهد التزاما بتحقيق نتيجة (1)، و ليس مجرد بذل عناية للحصول علـى موافقة الغير.

أما الفضولي فهو ملزم ببذل عناية الشخص العادي عند قيامه بالعمل لحـساب رب العمل و هذا ما تؤكده المادة 154 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " يجب علـى الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي و يكون مسؤولا عن خطئه".

و تجدر الإشارة هنا الى أنه بإمكان طرفي التعهد الإتفاق على جعل التزام المتعهد يقتصر فقط على بذل العناية لحمل الغير على الإلتزام بالتعهد. و يترتب على ذلك أن عدم حصولهما على موافقة الغير لا يستوجب منه التعويض إلا إذا أثبت المتعهد له خطأ مـن جانب المتعهد أدى الى عدم حصوله على إقرار الغير. فدور المتعهد يقتـصر فـي هـذه الحالة على تقريب وجهات النظر بين كل من المتعهد له و الغير دون أن يقوم أي إلتـزام في جانبه و من الأحكام القضائية التي إعتبرت التزام المتعهد إلتزاما ببذل عناية ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث جاء في أحد قراراتها أن: التعهد يلقي على المتعهد سعيا متواصلا و جهدا مستمرا لكي يدل على حسن نيته في تنفيذ تعهده و أنه كان جـادا فيمـا أخذه على عائقه و لم يكن هازلا و أنه جاد في سعيه للحصول على هذه الموافقة (2).

1- د/ محمد حسين منصور مصادر الإلتزام ص 304. د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج1 صـفحة 615. د/ أنور سلطان المرجع السابق صفحة 213.

2- د/ علي الدنون ، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام حكم رقم 87 سنة 1950 هامش 8.

و يمكننا الرد هنا على هذا الموقف بأن إعتبار إلتزام المتعهد مجرد إلتـزام ببـذل عناية يقلص من فعالية التعهد عن الغير كنظام قانوني. بحيث يصبح المتعهـد فـي هـذه الحالة بمثابة الناصح و المرشد فقط. إذ من السهل له أن يثبت أنه قام بما وسعه للحصول على موافقة الغير بذلك يتجنب تعويض المتعهد له في حال رفض الغير الإلتزام.

فلكي يكون التعهد عن الغير كنظام قانوني فعال لا بد أن يكون إلتزام المتعهد إلتزام بتحقيق. إلا أنه نرى بإعتبار التعهد إتفاق قائما بين المتعهد و المتعهد له و علـى وجـه الإستثناء فإنه بإمكان طرافاه أن يتفق على جعل إلتزام المتعهد مجرد إلتزام ببذل عنايـة. طبقا للقاعدة القانونية التي تنص على أن " العقد شريعة المتعاقدين ".

و تجدر الإشارة الى أن هناك من ذهب الى إعتبار إلتزام المتعهد إلتزاما بإعطـاء شيء و هو مبلغ التعويض عند عدم موافقة الغير على الإلتزام بالتعهد و بالتـالي التـزام المتعهد إلتزام معلق على شرط واقف هو رفض الغير(1). لكن يمكن الـرد علـى هـذا الموقف، أن الغرض من التعهد هو الحصول على موافقة الغير و التعويض النـاتج عـن رفض الغير ما هو إلا نتيجة عدم تنفيذ المتعهد لإلتزامه تجاه المتعاقد معه. فرفض الغيـر هو عنصر أساسي لإلزام المتعهد بالتعويض بينما الشرط الواقف يعد أمرا عارضا(2).

إذن التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة كأصل و الإلتـزام بـذل عنايـة هـو الإستثناء.

1- Jean boulanger these precite page 37.

2)- د/ فريدة زواوي رسالة دكتوراه السابق ذكرها صفحة 168.

المبحث الثاني
المتعهد ضامن لإلتزام عقدي

يلتزم المتعهد تجاه المتعهد له بضمان الحصول على موافقة الغير مما يقيم بذلك مسؤوليته الشخصية في حال فشله في الحصول على هذه الموافقة.

في هذا المبحث سنحاول معرفة ما إذا كان التزام المتعهد بالضمان مجرد وعد بالتعاقد أم أنه عقد نهائي؟ (المطلب الأول). كما سنحاول معرفة ما إذا كان المتعهد بهذا الضمان عبارة عن كفيل للإلتزام المتعهد به خصوصا و أن المادة 114 من القانون المدني الجزائري أجازت له ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول
مدى إعتبار التعهد عن الغير وعدا بالتعاقد

هذا المطلب يستلزم منا إثبات نية التعهد عن الغير لدى المتعهد (الفرع1) و تبيان إرادة طرفي التعهد عن الغير في إبرام عقد نهائي و بالتالي تبيان إرادة طرفي التعهد في إبرام عقد نهائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إثبات نية التعهد عن الغير

تركت المادة 114 من القانون المدني الجزائري للأشخاص حرية التعبير عن إرادتهم عند التعهد عن الغير و ذلك بعدم إشتراطها شكلية معينة و طبقا للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة فإن التعهد عن الغير يمكن أن يكون إما تعهدا صريحا أو تعهدا ضمنيا (1).

1- التعهد الصريح:

تنص المادة 1/60 من القانون المدني الجزائري: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا. كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع شكا في دلالته على مقصود صاحبه".

و يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن التعهد عن الغير يكون صريحا عندما يعطي المتعهد لإرادته مظهرا خارجيا بحيث لا يدع شكا في نيته في التعاقد عن الغير و المجسدة في الزامة لنفسه بالحصول على موافقة الغير أو التعويض في حال فشله في إقناع الغير بالإلتزام بالتعهد (2).

و يعد تعهدا صريحا التعهد المفرغ في شكل رسمي (3) خاصة إذا تعلق الأمر بالتعهد ببيع عقار أو التعهد برهن رسمي. و تعد عملية التوثيق بمثابة دليل رسمي على نية التعهد عن الغير و يكون التعهد صريحا إذا صرح المتعهد للمتعهد له أنه يتعهد عن الغير في عملية معنية كأن يقول له: أبيعك هذا العقار المملوك للقاصر الذي تحت ولايتي و أتعهد لك أنه سيقره عند بلوغه سن الرشد و إذا لم أنجح في ذلك سأعوضك".

كما أن بولونجي يعتبر أن تحديد التعويض في التعهد قرينة قاطعة على أن المتعهد قد أراد من وراء هذا الإلتزام شخصيا إتجاه المتعهد له و الراجع الى عدم وجود وكالة لديه(4).

1- عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج1 صفحة 169.

2- M SORCK Juris classeur civil precite page 7.
Mazaud OP.cit page 594.

3- M SORCK Juris classeur civ precite page 07.

4- Jean Boulanger these precite page 47 A 59.

2- التعهد الضمني:

تنص المادة 2/60 مدني جزائري: "........و يجوز أن يكون التعبير عـن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو الطرفان على أن يكون صريحا".

إذن فالتعهد الضمني يكون بإتخاذ موقف في التعبير عـن الإرادة وفـق مـا هـو منصوص عليه في المادة 2/60 من القانون المدني الجزائري.

فهو يستخلص من الظروف المحيطة بالمتعاقدين مما يجعل القاضي يتـدخل فـي البحث عن نية المتعهد في إلزامه لنفسه.(1).

و على سبيل المثال إعتبر تعهدا ضمنيا تعامل مؤسسي شركة تجارية لم يتم قيدها في السجل التجاري عند شراءهم الآلات أو المواد الأولية التي تستعملها هذه الشركة بـأن يكونوا ملزمين تجاه المتعاملين معهم بإعتبارهم متعهدين ضمنيا عن الشركة و ليس لهـم الإحتجاج بعدم الوجود القانوني لها (2). و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المـادة 549 من القانون التجاري السالف ذكرها.

لكن التعهد الضمني يطرح إشكالا حول إثبات نية التعهد عن الغير لأنه يمكـن أن تتعهد شخص لشخص أخر بأن الغير سيقوم بعمل أو تـصرف لـصالحه دون أن تتجـه إرادته للإلتزام شخصيا إتجاه الموعود له لو سرنا على هذا المنوال لأصبح كل وعد تعهدا و هذا قد يتنافى و النية الحقيقية للشخص الواعد هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية الأولياء الذين قبلوا هبة عن إبنتيهما القاصرتين متعهدين ضمنيا عنهما(3).

1- M SORCK Juris op. cite page 07. mazand les obligations page 594.
2- tribunal grande instance la seine 2/03/1960 cite par vericel art precite page 124.
3- cass 28 decembre 1926 cite par M SORCK op. cite page 38.

و نرى أن هذا الحكم قد خالف المادة 112 من القانون المدني الجزائري التي تقول أن:" الشك يفسر لمصلحة المدين"، و في مثالنا هذا الأولياء مدينون فلا بد أن يفسر الـشك لمصلحتهم بقبولهم الهبة عن القاصرتين بإعتبار التعهد يضع على عاتقهم التزاما.

و عليه تفاديا لهذه الإشكالات في إثبات نية التعهد عن الغير مـن الـضروري أن توجد نية أكيدة للمتعهد في الإلتزام تجاه المتعهد له و بما أن التعهد في غالـب الأحيـان يكون مرتبطا مع عقد أكبر و أوسع منه مدى فإن إثبات هذه النية يكون على عاتق المتعهد له بإعتباره الطرف الدائن في التعهد و هذا تطبيقا للقاعدة القانونية التي تـنص علـى أن البينة على من إدعى "(1).

و بما أن التعهد عن الغير يشمل التصرفات القانونية و المادية فإن الإثبات فيها عن نية التعهد عن الغير يكون بالرجوع الى طرق الإثبات العامة و هذا حسب نوع الإلتـزام المتعهد به سواء كان التزاما بالقيام بعمل مادي أو تصرف قانوني (2).

1- Jean Boulanger these precite page 47 – 59.
2- M,SORCK Juris classeur civ, precite page 07.

الفرع الثاني

إتجاه إرادة طرفي التعهد لابرام عقد نهائي

لقد ذهب جانب من الفقه الى إعتبار التعهد مجرد مشروع عقد معلق على شـرط موافقة الغير حتى يصبح نهائيا. و يتجسد هذا الموقف في نظرية العقد السابق La theorie de l'avant contrat (1) و يرجع أساس هذه النظرية إلى نظرية النيابة الناقـصة أو النيابـة غير المباشرة LA THEORIE DE LA REPRESENTATION IMPARFAITE ، التي يتعاقد فيها النائب بإسمه ولحسابه (2).

بالتالي وحسب أنصار هذه النظرية يعد المتعهد بمثابة النائب عن الغير، وعنـدما يقوم بالأعمال القانونية تكون إرادته متجهة إلى إلتزامه شخصيا، و ينتقل آثار التعهد إلـى ذمة الغير المستفيد النهائي من العملية بمقتضى عقد جديد(3).

و لكن يمكن الرد على هذه النظرية أن إرجاع أساس نظرية العقـد الـسابق إلـى نظرية النيابة الناقصة، لا يتفق ونية طرفي التعهد. لأن النيابة الناقصة تنظم علاقة داخلية بين كل من النائب والأصيل كما سبق إيضاحه عند التطرق الى تمييز المتعهد عن الوكيل. أما في التعهد عن الغير فليس ثمة علاقة تربط المتعهد بالغير، لأن الغير يعد أجنبيا عـن العقد، ولا تنتقل إليه أثار التعهد إلا إذا أقره بنفسه.(4)

و ما يجعلنا أيضا نعتبر أن التعهد عقد نهائي هو عدم إمكانية العدول عنه و وجود إلتزامات متقابلة فيما بين الطرفيه قبل أن يتبين موقف الغير منه.

1)- عدم إمكانية العدول عن التعهد:

ينشئ الاتفاق القائم بين المتعهد و المتعهد له والرامي إلى جعل الغير يلتزم به حقا لهذا الغير. و لا يمكن لطرفي التعهد حرمانه منه. فمن أعلن عن إرادته لا يمكنه العـدول عنها.

1- Jean Boulanger these precite page 67 et 68.

2.الدكتور عبد الحي حجازي.المرجع السابق.ج2 : صفحة 195.

3- M.STORCK.JURIS CLASSEUR.CV .PRECITE PAGE11.

4.الدكتور علي العدوي أصول الإلتزمات ص 244.

إذا توفرت شروط صحة التعهد فإنه يكون صحيحا منتجا لكل آثاره القانونية فـلا يمكن نقضه و لا تعديله بإرادة أحد المتعاقدين و يكونا ملزمين بتنفيذ كل الالتزامات التـي تضمنها العقد و بحسن نية (1) وبذلك ينشئ الاتفاق القائم بـين المتعهـد والمتعهـد لـه والرامي إلى إلزام الغير حقا لهذا الغير، ويتمثل هذا الحق في حق الغير في الإقـرار ولا يمكن بذالك لطرفي التعهد حرمانه منه ، فمن أعلن عن إرادته لايمكنه العدول عنها

وهنا إذ يكون الغير قد دخل بصفة فعلية في العلاقة العقدية التي تمت لحسابه بـين كل من المتعهد والمتعهد له، ونظرا لكونهما قد نصبا نفسهما فيما رأيـاه مناسـبا للغيـر فعليهما إذن الانتظار حتى يتبينا موقف هذا الغير من التعهد وبالتالي لا يجوز لهما العدول عنه قبل ذلك. هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي الذي يعترف بحق العـدول عـن التعهـد شريطـة أن يتأكد طرفا التعهد من أن الغير غير راغب في أن يجعل التعهد لحسابه وهذا نظرا لنشوء حق في ذمته ترتب عن الاتفاق الذي تم لحسابه بدون سلطة(2).

ونرى أن عدم السماح للمتعاقدين بالعدول عن التعهد يعتبر بمثابة جزاء لهما حتـى يفكرا جيدا عند تولي شأن من شؤون الغير بدون سلطة منه وبالتـالي لا تطبـق عليهمـا القاعدة التي تقضي بأن: " العقد شريعة المتعاقدين " و التي تجيز للمتعاقدين تعديل أو فسخ العقد. وعليه فنية الأطراف منذ البداية كانت تتجه إلى إبرام عقد نهائي وليس مجرد وعد بالتعاقد (3)

كما أن الواعد بإمكانه التحلل من التزامه إذا حل أجل الوعد و لم يرد الموعود لـه أو يحلله من ذلك الموعود له نفسه(4). بينما في نظام التعهد عن الغير الأطراف قد أعلنوا عن تكوين العقد، وهو يبدأ منذ اتفاقهما كما أن ليس بإمكان المتعهد التحلل مـن التزامـه مادام لم يتبين موقف الغير من التعهد نظرا لدخوله في العملية العقدية التي تمت بدون إذن منه.

1-الدكتور على فيلالي. المرجع السابق صفحة 336.

2/-JEAN BOULANGER.THESE PRECITEE PAGE 78

3)- فريدة زواوي المرجع السابق الصفحة 172.

4- د/ علي علي سليمان المرجع السابق ج صفحة 317.

2- وجود التزامات متقابلة:

في التعهد عن الغير توجد إلتزامات متقابلة على عاتق كلا الطرفين، تنـشأ قبـل إقرار الغير للإلتزام المتعهد به فمقابل التزام المتعهد بالحصول على إقرار الغير للتعهـد يكون المتعهد له ملزما بالتزامات أهمها (1):

*- التزامه بعدم الاحتجاج بالموقف السلبي للغير.

*- التزامه بعدم الاحتجاج بتعرض الغير.

***- عدم احتجاج المتعهد له بالموقف السلبي للغير:**

مثال ذلك في عملية بيع بتعهد لعقار مملوك للغير، فإنه بإمكـان المتعهـد إلـزام المتعهد له بدفع كامل المبلغ. فهنا المتعهد لا يمكنه أن يحتج بالموقف الاحتمـالي للغيـر ويرفض بذلك دفع كامل المبلغ. بمعنى آخر ليس للمتعهد له أن يمتنع عن دفع مبلغ المبيع بحجة أنه يخاف أن يرفض الغير الالتزام بالتعهد. ويرجع عدم إمكانية احتجاج المتعهد له عن الموقف الاحتمالي للغير في كون أن التعهد عن الغير يعد بمثابة الضمان، و يتجـسد ذلك في التعويض الذي يدفعه له و الذي يشمل كل ما لحقه من خسارة فإنه من ربح. فـي حالة رفض الغير الالتزام بالتعهد.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التعهد عن الغير في هذه الحالة تطبيق منطقي للقواعد المتعلقة ببيع ملك الغير. بحيث هنا يكون مركز المتعهد له في نفس مركز المشتري الذي يكون على علم انه يتعامل مع بائع لملك الغير ومع ذالك يجيز العملية ، مما يؤدي الى سقوط حقه في طلب إبطال العقد وهذا وفق نص المادة 100 من القانون المدني الجزائري، وبتالي يكون على المشتري المجيز تنفيذ التزاماته تجاه البائع.

1/-STORCK.JURIS CLASSEUR. CIV.PAGE 11

*** - التزام المتعهد بعدم الاحتجاج بتعرض الغير له:**

في التعهد عن الغير لا يكون المتعهد ملزما بضمان التعرض الذي يمكن أن يصدر من الغير باعتباره صاحب الشأن. لأنه كلا من المتعهد والمتعهد له بلجوئهما إلى التعهد قد ألغيا حقهما من هذا الضمان على خلاف العقود المبرمة لحساب الغير.

ففي حالة بيع ملك الغير مثلا، يكون البائع لملك الغير ملزما بالضمان الكلي تجـاه المشتري ضد كل تعرض قد يصدر من المالك الحقيقي، ويشمل هذا الـضمان: ضـمان التعرض وضمان الاستحقاق.

ويرجع عدم الاحتجاج من تعرض الغير في نظام التعهد، إلى أن المتعهد له عنـد تعاقده مع المتعهد كان على علم أن هذا الأخير يتصرف لحساب الغير بدون سلطة. كمـا أن تحديد التعويض لا دلالة كافية على أن المتعهد له بإمكانه أن يتضرر من تعاقـده مـع شخص ليست له السلطة و عليه إذا تعرض الغير للمتعهد له فعلى هذا الأخيـر أن يـدفع للمتعهد كل ما عليه بالرغم من وجود تعرض من الغير. كما أنه بإمكان المتعهـد إلـزام المتعهد له بدفع كل ما عليه قبل حصوله على إقرار الغير وإذا رفـض يكـون بإمكـان المتعهد طلب فسخ الاتفاق، لأن المتعهد له في هذه الحالة يعتبر مخلا بالتزامه التعاقـدي. (1).

1..STORCK.JURIS CLASSEUR. CIV.PAGE 11

المطلب الثاني
مدى إعتبار المتعهد كفيلا

- بالرجوع الى نص الماد 114 من القانون المدني الجزائري نجد المـشرع قـد أجاز للمتعهد تنفيذ الإلتزام المتعهد به في حالة رفض الغير و هذا تجنبا للتعويض الـذي يكون ملزما به في الأصل، مما ذهب بالبعض الى إعتبار المتعهد كفيلا (1) فمـا مـدى صحة ذلك؟.

للإجابة عن السؤال المطروح أعلاه يستوجب منا مقارنة أسس قيام التعهد و الآثار المترتبة عليه بتلك التي تترتب على الكفالة.

أولا: تبرم الكفالة عموما من أجل ضمان تنفيذ المدين للإلتزامه. بينما في النظـام التعهد عن الغير المتعهد يلتزم بجعل الغير يقر و يقوم بتصرف قانوني معين.

كما أنه برجوعنا الى نص المادة 644 من القانون المدني الجزائري الكفيل يضمن تنفيذ إلتزام موجود أو سوف يوجد في المستقبل إذا إقتضى الأمر بـنفس الإلتـزام الـذي يتحمله المدين، فالكفيل إذن ملزم بتنفيذ الإلتزام عندما لا يقوم به المدين الأصلي (2).

بينما يكفل المتعهد إلتزاما لم يوجد بعد و المتمثل في وجوب حصوله على إقـرار الغير و في حالة إمتناع الغير يطالب المتعهد بتعويض يدفعه للمتعهد له إذ ليس ثمة علاقة تربط الغير به.

ثانيا: يقوم إلتزام الكفيل بصفة تبعية فالقانون خول له دفوعا إذا لم يكن متـضامنا مع المدين الأصلي منها: الدفع بالتجريد أو الرجوع على المدين أولا، كما بإمكانه التمسك بنفس دفوع المدين الأصلي (3).

1- د/ أمحمدي سليمان ، محاضرات في الكفالة سنة 1996م صفحة 09.
2- د/ عبد السيد أحمد عبد ا المرجع السابق صفحة 170.
3- د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ج 10 الكفالة صفحة 98.

بينما يقوم التزام المتعهد بصفة أصلية و ليس له الحق في الدفع بـالرجوع علـى الغير الذي يعد أجنبيا عن التعهد.

ثالثا: بالرجوع الى نص المادة 114 قانون مدني جزائري نجد المشرع لم يحـدد شكلا معين للتعهد مما يمكنه أن يكون إما تعهدا صريحا و إما تعهدا ضمنيا يستخلص من الظروف المحيطة بالمتعهد.

بينما القانون في نظام الكفالة لا يسمح لنا بإفتراضها فلا بـد مـن الـنص عليهـا صراحة (1) و هذا نظرا لما يترتب عنها من آثار قانونية بالغة الأهمية على الذمة المالية للكفيل.

رابعا: يستطيع المتعهد التخلص من التعويض إذا قام هو نفسه بتنفيذ ما التزم بـه و يعد هذا جوازيا حسب ما نصت عليه المادة 1/114 من القانون المدني الجزائري، لأن التزام المتعهد هو التزام بدلي لا يجوز إجباره على تنفيذه عينا (2). بينما في نظام الكفالة الكفيل لا يمكنه التهرب من تنفيذ الإلتزام الأصلي في حال عدم تنفيذه من طرف المـدين الأصلي خصوصا إذا كانا متضامنين إلا أنه بإمكان كل من المتعهد و المتعهد له على أن يتفقا على أن يحتفظ الأول لنفسه بتنفيذ الإلتزام المتعهد به في حالة رفض الغيـر و هـذا طبعا إذا لم يكن متعلقا بشخص الغير.

فبضمان المتعهد تنفيذ الإلتزام المتعهد به عينا يصبح بنفس مرتبة الكفيل في كونهما يشتركان في صفة واحدة و هي صفة ضمان تنفيذ الإلتزام. إلا أنه يبقى كـلا النظـامين مختلفين.

فبالرجوع الى التشريع الجزائري نجد المشرع الجزائري قد أورد مثـالا تطبيقيـا يربط بين الكفالة و التعهد عن الغير و ذلك في حالة كفالة المدين بسبب نقص أهليته.

1- د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ج 1 صفحة 624.

2- jean b boulanger; these precite page .

فمن المفروض و نظرا لصفة التبعية التي تتمتع بها الكفالة أن تتبع الدين الأصـلي في وجوده أو إنعدامه. إلا أنه في كفالة المدين بسبب نقص أهليته، إذا تمسك ناقص الأهلية بنقص أهليته و أبطل العقد لمصلحته فإن الكفيل يبقى ملزما بصفة أصـلية لأنـه يعتبـر متعهدا بضمان الوفاء بالعقد (1).

هذا ما نصت عليه المادة 649 من القانون المدني الجزائري التي تقول:" من كفـل إلتزام ناقص الأهلية و كانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الإلتزام إذا لـم ينفذه المدين المكفول بإستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 654 /2".

و تنص المادة 654 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين و له أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين".

و يفسر موقف الكفيل في هذه الحالة - كفالة المدين بسبب نقص أهليته - أنه متعهد عن المدين بحيث لا يستطيع أن يتمسك بنقص أهلية المدين لطلب إبطال العقد و إلا اعتبر مخلا بالتزامه و يكون وفق المادة 114 من القانون المدني الجزائري ملزمـا بـالتعويض (2).

و يمكن القول في هذه الحالة أن كفالة المدين بسبب نقص أهليته لها أثر مـزدوج (3):

1- فهي كفالة إذا لم يقم المدين الأصلي بطلب إبطال العقد.

2- و هي تعهد عن المدين القاصر إذا قام هذا الأخير بالإحتجاج بـنقص أهليتـه و يطلب بذلك إبطال العقد الأصلي.

و هنا نرى أن يكون الشخص مسؤولا و متبوعا من قبل الدائن ككفيل لا كمتعهـد و يرجع هذا طبعا الى طبيعة الإلتزام الواقع على عاتق كل منهما.

1- M/ STORCK , Juris classeur civil precite page 11.

2- د/ أمحمدي سليمان، محاضرات في الكفالة صفحة 18.

3- M/ STORCK , o p cite page 06.

و عليه يمكننا أن نقول في الأخير أن التعهد عن الغير يشترك مع الكفالة في صفة الضمان. غير أنه عقد ضمان تحقيق نتيجة بينما الكفالة فهي من عقـود ضـمان تنفيـذ الإلتزام الأصلي.

و مما تقدم نحن نرى أن التعهد عن الغير نظام مستقل عن باقي الأنظمة القانونيـة المشابهة له و إن كان يتضمن بعض نقاط التشابه كما سبق بيانه.

فالمتعهد يتعاقد بإسمه و للحصول على إقرار الغير فهو يتعامل كأصيل مـع علـم المتعهد له بذلك و بالتالي ليس نائبا و لا فضوليا و هو ملزم بإيجاد الإلتزام و ليس بضمان تنفيذه و بالتالي ليس كفيلا.

و إذا إعتبر الشخص متعهدا و نائبا أو متعهدا و فضوليا أو متعهدا و كفـيلا ذلـك لأنه يجمع بين شروط النظامين معا و إن كنا نرى أن هناك نيابة مفترضة لأن المتعهـد ينوب عن الغير في شأن من شؤونه مع يقينه أن الغير سيقر التعهد.

كما أن نظام التعهد يقترب أكثر من نظام الفضالة غير أن التعهد يـشمل إلتزامـا شخصيا من المتعهد تجاه المتعهد له. لكن رغم كل هذه الملاحظات يبقى التعهـد نظامـا قائما بذاته له مقوماته و آثاره القانونية الخاصة به مثله مثل الأنظمة الأخرى.

الفصل الثاني

التعهد نظام قائم بذاته

التعهد عن الغير باعتباره اتفاق يبرم لحساب الغير بدون سلطة مسبقة، فيمكنه أن يتخذ إحدى الصورتين:

الصورة الأولى: قد يكون التعهد عن الغير اتفاق مستقل بذاته يلتزم بمقتضاه المتعهد قبل المتعهد له بأن شخص آخر سيلتزم بإبرام عقد معين معه. وتتحقق هذه الصورة مثلا كأن يلتزم المتعهد تجاه المتعهد له بأن يجعل المتعهد عنه يقوم ببيع محصوله أو أن يأجر له مسكنا.

و مثاله أيضا أن تتعهد بلدية معينة لطبيب بأن تجعل سكانها يعالجون عنده مقابل العمل لديها.

الصورة الثانية: كما قد يكون التعهد عن الغير عقدا تبعيا لعقد رئيسي، وهنا المتعهد يقوم بإبرام عقد لحساب الغير و يضيف تجاه المتعهد له بأن الغير سيقوم بإقراره. و مثاله أيضا أن يقوم المتعهد بإيجار منزل الغير و يتعهد عنه أنه سيقر هذه العملية.

لكن بالرغم من أن موضوع التعهد هو جعل الغير يلتزم بالإلتزام المتعهد به إلا أن الفقه قد إختلف حول تحديد دور تعبير الغير عن إرادته بالإلتزام بالعقد المذكور مما أدى الى إنقسامه إلى فريقين. و بالتالي يستلزم منا الأمر في هذا الفصل الى دراسة التعهد عن الغير كنظام مستقل بذاته من خلال مبحثين:

المبحث الأول: ندرس فيه القيمة القانونية للتعهد عن الغير (دور تعبير الغير في التعهد عن الغير).

المبحث الثاني: نتعرض فيه الى آثر تعبير الغير في التعهد عن الغير.

المبحث الأول

القيمة القانونية للتعهد عن الغير قبل موافقة الغير

تظهر أهمية التعهد عن الغير من خلال ارتباطه بعقد آخر أوسع منه نطاقا. فالتعهد عن الغير من النادر إيجاده بصفة مستقلة عن تصرف آخر.

و الإشكال الذي يطرح في التعهد عن الغير هنا هو القيمة القانونية لهذا التـصرف لأنه بتحديدها يمكن إظهار دور تعبير الغير و يرجع كل هذا نظرا لغياب الـسلطة لـدى المتعهد مما يجعل مصير مثل هذا التصرف متوقفا على الموقف الذي سيتخذه الغير والذي له كامل الحرية في الإقرار أو عدمه. فهل هذا يعني أن التعهد كإتفاق يبقى جامدا حتى يتم إقراره من قبل الغير؟ و التسليم بهذا الفرض يطرح لنا إشكالا آخر حول فائدة إبرام إتفاق لا ينتج أي أثر قبل إقرار الغير له؟.

لكن يمكن الإجابة عن هذا الإشكال بالرجوع الى الواقـع. فلقـد أثبـت الإجتهـاد القضائي أنه هناك بعض الآثار القانونية التي تنتج عن إبرام التعهد منها أن يحـوز مـثلا المتعهد له في حالة بيع بتعهد على الشيء المتعهد به دون انتظار إقرار الغير.(1)

فلهذه الأسباب اختلف الفقه حول تحديد قيمة التعهد قبل إقرار الغير له و بالأحرى حول دور تعبير الغير في التعهد فهناك من اعتبره إيجابا موجها إلى الغير وبالتالي تكون موافقة الغير قبولا. وهذا الجانب من الفقه يمثل التيار التقليدي (المطلب الأول) وهناك من اعتبر موافقة الغير إقرارا له ويمثل هذا الجانب من الفقه التيار الحديث (المطلب الثاني).

و هنا يظهر دورنا في إبراز هذا الدور و إبراز الحالات التي يمكن مـن خلالهـا إعتبار التعهد إيجابا موجها الى الغير و الحالات التي يمكن الإعتبار فيها أن إلتزام الغيـر يكون بمقتضى التعهد و موافقته ما هي إلا إقرارا له.

1- jean boulanger; these precite page 167.

المطلب الأول

نظرية الإيجاب

يظهر موقف الفقه التقليدي حول دور تعبير الغير في التعهد عن الغير من خـلال نظرية الإيجاب (النظرية التقليدية) التي تعتبر موافقة الغير قبولا لإيجاب سابق و أن الغير يلتزم بمقتضى عقد جديد من حيث الأطراف و الإلتزامات و وقت الإبرام(1).

الفرع الأول

موافقة الغير قبول للتعهد

تعد نظرية الإيجاب من اقدم النظريات المقترحة من قبل الفقه التقليدي، و اعتبـر أنصارها أن التعهد ما هو إلا إيجاب موجه إلى الغير فالاتفاق المبرم بين المتعهد والمتعهد له يعد مجرد عرض يقدم للغير و ما موافقة الغير إلا قبولا لهـذا الإيجاب، و يعـد وقت القبول هو الوقت الذي يتم فيه إنشاء العقد.(2)

ويرجع أساس نظرية الإيجاب إلى فكرة النيابة التي تشتمل على إيجاب موجه مـن النائب إلى المتعاقد معه، لأن إرادته هي التي تكون محل اعتبار. و بتطبيق فكرة النيابـة يكون المتعهد بمثابة النائب عن الغير و يعتبر مصدر الإيجاب(التعهد) إلى المتعهد عنـه، فما مدى صحة ذلك ؟.

نحن نعلم أن المتعهد هو الذي وضع الأسس اللازمة في الاتفاق بإعتباره متعهـدا عن الغير بدون سلطة من أجل تولي شأن من شؤونه نظرا لغيابه أو نظرا لكونـه غيـر قادر على التصرف لوحده، مما يدفعنا الى إعتباره مصدر الإيجاب للغير.

لكن هذا لا يتفق ونية الأطراف ويرجع ذلك لكون أن المتعهد تدخل لما رآه صالحا للغير و المتعهد له هو الراغب في إقامة علاقة مع الغير و بذلك لا يمكن إعتبار المتعهـد صاحب الإيجاب خصوصا في الحالة التي يكون فيها هذا المتعهد أجنبيا عن المال المشاع، إذ لا يمكنه في هذه الحالة جعل العملية لحسابه (3).

1- د/ عبد الحي حجازي ، المرجع السابق الصفحة: 218 - 220.

د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق صفحة:619 – 620.

2- jean boulanger. These precitee page 68.- M/ STORCK , Juris classeur civil precite page 10.

3 - Jean boulanger These precitee page 69.

تبقى لنا فرضية إعتبار التعهد إيجابا موجها من المتعهد له إلى الغير و هـذا مـا استقر عليه الفقه العربي بصفة عامة و المشرع الجزائري بصفة خاصة (1).

و يعد هذا الرأي الأقرب إلى المنطق، لأن المتعهد له هو الطرف المـشترط فـي التعهد عن الغير، لأنه يرغب في الارتباط مع الغير، و في إقامة علاقة قانونية معه فـي حالة ما إذا أقرر الالتزام المتعهد به.

و هنا يظهر المتعهد كوسيط بين الغير والمتعهد له، فيتمثل دوره في مجرد وضـع الغير على علم بالعملية التي تمت لحسابه. وباعتبار التعهد عن الغير اتفاقـا قائمـا بـين المتعهد والمتعهد له إيجابا موجها إلى الغير، فإن إلتزام هذا الأخير ينشأ في الوقت الـذي يقبل فيه الالتزام بالتعهد و هذا يؤكد عدم خروج التعهد عن الغير عن مبدأ نـسبية آثـار العقد.

وينتج عن هذا القبول التزام المتعهد عنه من عقد جديد فالأثر الهام لقبـول الغيـر طبقا لما هو سائد في الفقه هو نشوء عقد جديد يربط بين الغير و المتعهد له و هـذا مـا قضت به محكمة النقض المصرية بحيث إعتبرت: العقد الحاصل بين المتعهد و المتعهد له بمثابة إيجاب معروض على الغير فإذا قبل الغير التعهد فقد لقي الإيجاب قبولا و يتم عقد جديد غير العقد الذي تم أولا بين الطرفين" (2).

وعليه في نظام التعهد عن الغير و وفق نظرية الإيجاب نكون أمام عقدين مختلفين ومتعاقدين من حيث الأطراف، الالتزامات وتاريخ الإبرام. (3).

---

1. د.محمد حسين منصور. المرجع السابق صفحة 304.

د.عبد الرزاق السنهوري المرجع السابقج1. صفحة 622.

2- د/ محمد علي البدوي المرجع السابق صفحة 200 نقض مدني 2-5 1972 مجلة المحكمة العليا مـن 9 عدد 1 1972 ص 34.

3- عبد المنعم فرج الصدة. المرجع السابق صفحة 407

الفرع الثاني

التزام الغير بمقتضى عقد جديد

يترتب عن تطبيق نظرية الإيجاب (نظرية الإتفاقين) أن يلتزم الغير بمقتضى عقد جديد من حيث الأطراف، الإلتزامات، و وقت الإبرام.

1- من حيث الأطراف: نجد في نظام التعهد عن الغير ثلاثة أطراف وهم كل من: المتعهد والمتعهد له والمتعهد عنه.

فعند إبرام التعهد عن الغير كمرحلة أولى تقام علاقة قانونية بين كل من المتعهد والمتعهد له و التي يكون المتعهد فيها الطرف المدين بالالتزام المتمثل في التزامه بالحصول على موافقة الغير. وإذا ما فشل بذلك تقام مسؤوليته الشخصية التي تتجسد بدفع تعويض للمتعهد له وهذا ما تؤكده المادة 1/114 من القانون المدني الجزائري.

و أما المرحلة الثانية في نظام التعهد عن الغير فتبدأ منذ لحظة قبول الغير للتعهد، بحيث تنشأ علاقة قانونية جديدة بين كل من المتعهد له والمتعهد عنه ويلاحظ أن المتعهد له هو الطرف المشترك ويعد هذا شيء منطقي. بإعتبار أن التعهد قد تم منذ البداية لصالحه.

2- من حيث الالتزامات:

يتمثل محل الالتزام في التعهد في المرحلة الأولى من إنعقاده بين المتعهد و المتعهد له في التزام المتعهد تجاه المتعهد له بالقيام بعمل، يشتمل على التزامه بالحصول على موافقة الغير للالتزام به. فهو إذن ملزم بإيجاد الالتزام. (1) وعدم توصله إلى النتيجة المتفق عليها تجعله مخلا بالتزامه التعاقدي مما يؤدي إلى قيام مسؤوليته الشخصية وفق المادة 1/114 من القانون المدني الجزائري.

1- عبد السيد أحمد عبد ا . نظرية العقد ص 270. د/ عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق ص 550.

- ALBERT JEAN DARMON - DICTIONNAIRE JURIDIQUE ET CONTRACTUEL DES AFFAIRES ET PROJETS- LA PROMESSE
DE PORTE- FORT- COPYRIGHT 2002.
- SERGE BRAUDO- DICTIONNAIRE DU DROIT PRIVE- PORTE- FORT (CLAUSE DE).

و عليه فإن التزامه يتوقف منذ لحظة قبول هذا الغير وبالتالي فهـو غيـر ملـزم بضمان تنفيذه (1) و يعتبر أن المتعهد قد نفذ إلتزامه بمجرد قبول الغير للتعهد حتى و لم ينفذه هذا الغير فيما بعد. فلا يمكن أن يكون المتعهد ضامنا لتنفيذ التعهد إلا إذا وجد نص صريح على ذلك (2).

أما بالنسبة للعقد الثاني الجديد الذي نشأ عن قبول الغير فإن محل التزامه تختلـف طبيعته عن محل التزام العقد الأول، فقد يكون التزام الغير التزاما بالقيـام بعمـل مـادي كالتزامه برسم لوحه أو بناء حائط أو القيام بتصرف قانوني كموافقته على إبرام عقد بيـع أو عقد إيجار أو عقد هيه ...إلخ. فمحل العقد الثاني يتحدد حسب الغرض الذي يهدف إليه المتعهد والمتعهد له عند إبرامهما التعهد لحساب هذا الغير. (3).

و يتضح مما تقدم أن العقد الأول الذي تم بين المتعهد و المتعهد له لا يلزم الغيـر بشيء، و أن التزام هذا الأخير " الغير" إنما يكون بمقتضى العقد الثاني الذي ينشأ على إثر قبوله الإلتزام بالتعهد. و بذلك يكون التعهد عن الغير كما قلنا تطبيقا لمبـدأ نـسبية آثـار العقد.(4).

3- من حيث وقت الإبرام:

تطبيقا للقواعد العامة المتعلقة بإبرام العقود، فإن التعهد عن الغير كأي عقـد أخـر ينعقد بمجرد تطابق إرادة طرفيه، و الغير يعد أجنبيا عنـه، فهـو حـر فـي الموافقـة أو الرفض.

لكن لحظة قبوله الالتزام بالتعهد تعتبر اللحظة التي ينشأ فيها العقد الجديـد الـذي يلتزم بمقتضاه المتعهد عنه تجاه المتعهد له. و لا يكون لهذا القبول أثر رجعي إلا إذا تبين صراحة أو ضمنيا من إرادة الغير أن يسند أثر قبوله إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد.

1- عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج 1 ص 620.

2-JEAN BOULANGER.THESE PRECITEE PAGE 362

3- د. محمد حسين منصور.المرجع السابق الصفحة 305

4- عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق ص 552.

هذا ما تؤكده المادة 114 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري بقولها: " أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدروه، ما لم يتبـين أنـه قـصد صراحة أو ضمنيا أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد.".

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري لنظرية الإيجاب:

و واضح من صياغة نص هذه المادة أنه يتماشى مع نظرية الإيجـاب إذ يعتبـر تعبير الغير بالموافقة على الإلتزام المتعهد به قبولا لإيجاب موجه اليه لكنه يخـرج عـن منطق هذا الإتجاه. فمنطق نظرية الإيجاب يقضي أنه بما أننا بصدد عقد جديد تولد عـن إيجاب موجه من المتعهد له الى الغير (1) فإن آثار إبرامه لا تبدأ إلا من وقـت صـدور قبول الغير.

فحسب نص المادة 114، فإن التعهد عن الغير سواء كان مـرتبط بعقـد أو كـان مستقلا بذاته تكون موافقة الغير فيه قبولا له و هذا القبول يكون له أثر رجعي الـى يـوم إنعقاده. كما لو تعلق الأمر بعملية بيع عقار لقاصر من طرف وليه متعهدا عنه أنه سـيقر البيع عند بلوغه سن الرشد. فإذا قبل القاصر الالتزام بالبيع يفهم ضمنيا أنه قد أراد إسناد أثار قبوله إلى وقت إبرام التعهد لحسابه.

هنا موافقة القاصر هي إقرار له وليست قبولا لأننا أمام عقد بيع مقترن بتعهد قد تم إبرامه بالفعل و لا ينقصه سوى عنصر الإقرار. هذا بخلاف ما إذا تعهد شخص لشخص آخر بأن يقوم الغير ببيعه محصول قمح الموسم القادم أو بيعه سيارته مثلا. فإن موافقـة الغير هنا تعد قبولا إذ نحن أمام تعهد مستقل بذاته و ليس هنا عقد إبرام بالفعل حتى يقره الغير فالتزام الغير في المثال الأخير يكون بمقتضى عقد جديد.

وبذلك يكون من المنطقي أن يكون لإقرار القاصر أثر رجعي بينما القول بـالأثر الرجعي للقبول خصوصا إذا كان التعهد قائما بذاته يتنافى وطبيعته القانونية التي لا تقبـل وجود أثر رجعي له في الأصل لأن القول بالأثر رجعي للقبول يعني أن تعود أثار العقـد إلى ما قبل وجوده(2).

1- مصطفى الجمال المرجع السابق صفحة 239.

2- د/ وحيد الدين سوار المرجع السابق ج 1 ، ص 876 - 877

- فريدة زواوي رسالة دكتوراه السالف ذكرها صفحة 172.

كما يجب الإشارة إلى أنه من خلال نص المادة 114 من القانون المدني الجزائري نجد المشرع قد جعل آثار العقد الجديد تنشأ من وقت صدور القبول عن الغير، وهذا فيـه خروج عن القواعد العامة التي تقضي بأن إنعقاد العقد يتم من وقت علم الموجب بـالقبول وليس من وقت صدوره وهذا ما قضت به المادة 61 من القانون المدني الجزائري بنصها: " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليـه، ويعتبـر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقع الدليل على عكس ذلك."

المطلب الثاني

نظرية العقد الواحد

موقف الفقه الحديث حول تحديد وظيفية تعبير الغير يتجسد في إعتباره التزام الغير و التعهد عن الغير عقدا واحدا (الفرع الأول) و موافقة الغير ما هي إلا إقرار له (الفـرع الثاني).

الفرع الأول

إلتزام الغير بمقتضى التعهد

حسب الفقه الفرنسي الحديث المجسد في نظرية العقد الواحد أو نظرية العقد التـام و موقف القضاء الفرنسي، فإن التعهد عن الغير عقد تام و بالتالي يكـون إلتـزام الغيـر بمقتضى التعهد و ليس بمقتضى عقد جديد. و من بين الفقهاء الذين دافعـوا عـن هـذه النظرية الفقيه M.PILAN إذ اعتبر أن الإقرار ليس عنصرا هاما في تكوين العقد بـل أنـه يدعم فقط عقد موجود إذ أنه هناك مجرد عدم تأكد فيما يخص معرفة إذ كان هـذا العقـد سينتج أولا ينتج أثاره في ذمة الغير (1).

1- M.PILON. CITE PAR JEAN BOULANGET THESE PRECITEE PAGE 8

Il ya seulement une incertitude sur le point de savoir si ce contrat produira ses effets dans le patrimoine du representé (ici le tier ou nom pour le quel on s'est porté fort…”).

وعليه حسب أنصار هذا الرأي فإننا أمام عقد واحد وليس أمام عقدين مثلما قال به أنصار نظرية الإيجاب، وفي هذا العقد يظهر المتعهد متولي لشؤون الغير، وموافقة الغير هنا تعتبر إقرارا لما تم لحسابه بدون سلطة، ونظرا للأثر الرجعي للإقرار الراجع لطبيعته القانونية يصبـح المتعهد عنه طرفا في التعهد منذ إبرامه لحسابه وهذا إذا تبين صـراحة أو ضمنيا من إرادة هذا الغير أنه قد أراد إسناد أثار إقراره إلى يوم إبرام التعهـد، فهنـا المتعهد يظهر حسب أنصار هذه النظرية بمثابة الفضولي.(1)

ويرجع أساس هذه النظرية إلى النيابة بصفة عامة و الفضالة بصفة خاصة وهنـا يتقارب موقف المتعهد وموقف النائب المجاوز لحدود السلطة المخولة له و الـذي يتعهـد بأنه سيحصل على إقرار من الأصيل للتصرف الذي قام به خارج حدود السلطة (2).

و بالتالي نحن هنا أمام إعلان المتعهد عن إرادته بالتزامه باسمه وبإلزامه لنفـسه تجاه المتعاقد معه و بالحصول على إقرار صاحب الشأن، وفي هذه الحالة تصطدم هـذه الإرادة مع حرية هذا الغير في الموافقة على ما تم لحسابه بدون سلطة أو تجاوزا للسلطة. فإرادة المتعهد تحتاج إلى إرادة الغير اللاحقة لتدعمها، وكون أن هذه الإرادة إرادة محتملة دفع البعض الى إعتبار العقد الذي يلتزم من خلاله الغير عقدا احتماليا.(3) والاحتمال هنا يتعلق في الإقرار أو عدمه. إذن نحن أمام استحالة مادية تتمثل في إعلان الغير عن إرادته سواء بالسلب أو بالإيجاب(4).

نرى أن هذا الاحتمال هو الذي جعل المتعهد يلتزم شخصيا اتجـاه المتعهـد لـه بالتعويض، وهنا تظهر خاصية الضمان التي يتميز بها التعهد و المجسدة في دفع المتعهد تعويضا للمتعهد له في حال رفض الغير الإلتزام به.

1- الدكتور محمد علي البداوي.ج1 مصادر الالتزامات صفحة 201.
2- د/ عبد الحي حجازي المرجع السابق ج 2 صفحة 219 ، 220.
3- وحيد الدين سوار. المرجع السابق صفحة 296.

4/- JEAN BOULANGER. THESE PRECITEE PAGE 78 A81

ركن رغم كل هذه الملاحظات نحن أمام إرادتيين، إرادة المتعهد التي تحتاج إلـى دعم من إرادة الغير حتى تكون منتجة لكل آثارها وإرادة المتعهد له المنتجة لآثارها فورا. وبالتالي فنحن أمام عقد يشمل كل عناصره بغض النظر عن إرادة المتعهـد التـي تفتقـد للسلطة اللازمة لذلك، و يظهر بذلك الإقرار كعنصر مدعم للعقد وليس كـشرط لـصحته أو شرطا لوجوده.

و بتطبيقنا لنظرية العقد التام فإننا نستخلص النتائج التالية:

*- الاتفـاق القائم بين شخص ليست له سلطة النيابـة عـن الغيـر " المتعهـد" أو شخص آخر "المتعهد له" ليس باتفاق باطل وهذا قياسا على حالة النائب المجاوز لحدود سلطته حيث لا يعتبر تصرفه تصرفا قابلا للإبطال أو باطلا بطلانا مطلقا وعليه:

فالتعهد عن الغير ليس تصرفا باطلا بطلانا مطلقا لأن إقرار الغير يمكن أن يدعمه لاحقا ويصبح منتجا لكل آثاره القانونية كما لو كان وكيلا متصرفا لحساب الأصيل وهـذا ما يفتقد إليه التصرف الباطل بطلانا مطلقا. كما أنه ليس بعقد قابل للإبطال لأن القابليـة للإبطال كما نعلم تكون بسبب وجود عيب من عيوب الإرادة التي تشوبها والمذكورة قانونا على سبيل الحصر وهي الإكراه و الاستغلال و الغلط و التدليس. بينما التعهد عن الغيـر ففيه غياب للسلطة لدى المتعهد والذي يجعل للغير كامل الحرية في الإقرار.

*- و وجود التزامات على عاتق أطراف التعهد دليل على صحته (1) أهمها كمـا سبق الإشارة إليه التزام المتعهد بجعل الغير يقر الالتزام بالتعهـد والتـزام المتعهـد لـه بالمقابل بعدم الاحتجاج بالموقف الاحتمالي للغير أو الاحتجاج بتعرض الغير له.

*- كما أنه قد يحدث أيضا أن تنتج بعض الآثار القانونية فـي المرحلـة الـسابقة للإقرار منها كإنتقال الملكية في حالة عملية بيع بتعهد، ونحن نعلم أن انتقال الملكية يعـد من أهم الآثار الناتجة عن نشوء عقد صحيح وتام.

1- M.STORCK. J.C .CIV. PAGE 11

هذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية عندما قضت أن: التصرف الذي قام به الأب باكتساب عقار لحساب ابنتيه القاصرتين، متعهدا عنهما أنهما ستقرانه عند بلوغهما سـن الرشد، هو تصرف صحيح ينتج عنه الانتقال الفوري لملكية العقار من ذمـة المؤسـسة البائعة إلى ذمة البنتين دون إنتظار إقرارهما(1).

و في رأينا قضاء محكمة النقض الفرنسية بإنتقال الملكية إلى القاصـرتين يرجـع بالدرجة الأولى إلى أن هذا التصرف يعود بالفائدة على ذمتهمـا. وبالتـالي فهـو مـن التصرفات النافعة نفعا محضا لهما و بالتالي يكون هذا القرار قد طبق القواعـد العامـة للقانون لما يراه مناسبا للقاصرتين.

و لو نظرنا إلى التعهد عن الغير من ناحية أنه عقد، نجده مستوفيا لكـل الأركـان اللازمة في العقود بصفة عامة من رضى (إرادة المتعهد و إرادة المتعهد لـه) و محـل (إلتزام المتعهد بالحصول على إقرار الغير) و سبب (حسب غاية إبرامـه) و عليـه يعتبر التعهد عقدا تاما.

لكن ما تجدر الإشارة إليه من خلال المسائل التي جعلتنا نقول أن التعهد عقد تـام، هو أن هذه الصفة " صفة التمام " تقتصر على أطرافه فقط دون الغير، الذي يبقى أجنبيـا عنه حتى يقره.

وبعبارة أخرى، نرى أن التعهد عقد تام فيما يخص كل من المتعهد والمتعهد له لأن كل منهما ملزم بالتزامات تجاه الأخر، فالتعهد يكون منتجا لكل آثاره القانونيـة بالنـسبة لهما، لكن بالرجوع إلى الغاية التي إنعقد من أجلها نجد أن آثاره محدودة. لأن إرادة كـل من المتعهد والمتعهد له إلتقت من أجل إنشاء علاقة قانونية ما بين كل من المتعهـد لـه والغير ونظرا لغياب السلطـة لدى المتعهد للتصرف لحساب هذا الغير فإن لهـذا الغيـر كامل الحرية في الالتزام بالتعهد أو عدم الإلتزام به، مما يجعل الغاية المرجوة من التعهد غير مؤكدة الوقوع.

1- CASS.CIV. II.I 6/11/1970. BUL.CIV III 591 CITE DANS J.C CIV - PRECITE PAGE 11

وعليه فإرادة الغير ضرورية جدا، فهي الأساس لإعطاء العقد قوته في إنتاج كامل آثاره القانونية، وتتمثل هذه القوة في الإقرار. و عدم التأكد مـن النتيجـة لا يحـول دون إعتبار التعهد عقدا تاما و صحيحا.

الفرع الثاني

موافقة الغير إقرار للتعهد عن الغير

في ظل نظرية العقد التام، تعتبر موافقة الغير إقرارا له. فإذا أقـر الغيـر التعهـد ترتب على ذلك تحوله من عقد غير نافذ في حق الغير إلى عقد نافذ، ينشأ بـذلك التـزام الغير تجاه المتعهد له منذ وقت صدور الإقرار إلا إذا قبل هذا الغير أن يكون لإقراره أثر رجعي، يستند إلى يوم إبرام التعهد لحسابه (المادة 2/114 قانون مـدني). فـلا يكـون للإقرار آثر رجعي إلا إذا قصد الغير ذلك صراحة أو ضمنا بشرط أن لا يضر هذا الأثر الرجعي بحقوق الغير. و سنحاول من خلال هذا الفرع دراسة الأثر الرجعي للإقرار مـن حيث مضمونه و أساسه ثم بيان الإستثناء الوارد عليه.

1)- الأثر الرجعي للإقرار:

1-1 - مضمون الآثر الرجعي للإقرار:

حسب الفقه التقليدي فإن الغير يلتزم إزاء المتعهد له منذ لحظة إقراره، لكن الفقـه الحديث والقضاء الفرنسيين على الخصوص، يريان أن إقرار الغير يكون له أثر رجعـي منذ لحظة إبرام التعهد، مما يؤدي بنا إلى القول أن هناك خرق لمبدأ نسبية آثار العقد (1).

و يمكننا الرد على ذلك أنه ليس هناك خرق للمبدأ، لأن التعهد عن الغير لا يلـزم هذا الغير إلا إذا أقره فالقانون جعل له كامل الحرية في تبني ما تم لحسابه بدون سـلطة، فإذا رضي به يعتبر على دراية كافية أنه سيكون لإقراره أثر رجعي سيستند إلى يوم إبرام التعهد لحسابه. و يصبح بـذلك طرفا في العقد الجديد، فالفقه إعتبر الأثر الرجعي للإقرار أثرا هاما له.(2). فإذا كنا أمام عملية بيع لعقار مملوك لقاصر فإن إقرار هذا الأخير عند بلوغه سن الرشد يكون له أثر رجعي إلى يوم إبرام التعهد لحسابه (3).

1/- ALEX WEILL.FRANCOIS TERRE.DROIT CIVIL.LES OBLIGATIONS PAGE 589.
2/- JEAN BOULANGER THESE PRECITE PAGE 108.

3- عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق.ج1 صفحة 620.

كما أن الأثر الرجعي للإقرار من شأنه أن يؤثر على تنفيذ الدعاوى المفتوحة والتي لها آجال محددة والتي تبدأ من يوم الإبرام وليس من يوم الإقرار كدعوى الغبن في بيع العقار التي تسقط وفقا للمادة 1676 من القانون المدني الفرنسي بمرور عامين من يوم البيع هذا ما قضت به الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، حيث رفضت دعوى الغبن التي رفعها صاحبها سنة 1958 بعد إقراره عملية بيع بتعهد لعقار له تمت سنة 1954، ومادام للإقرار هنا أثر رجعي فلقد سقطت دعواه لمرور أكثر من سنتين من بيع عقاره (1).

1-2- أساس الآثر الرجعي للإقرار:

يعتبر القضاء الفرنسي أول من اعترف بالأثر الرجعي للإقرار و هذا يعني أنه قد اعترف بوجود هذا التصرف منذ إبرامه، وبالتالي أعطاه قيمة خاصة فالإقرار يحول العقد المحدود الآثار إلى عقد فعال منتج لكل آثاره القانونية التي تشمل كل عناصر العقد. و أول أساس اعتمد لرجعية أثر الإقرار هو اعتبار الإقرار بمثابة الوكالة. فالتعهد عن الغير يتضمن وكالة وهمية UN MANDAT FICTIF معطاة للمتعهد لاحقا (2) وهذا قياسا على حالة الوكيل المجاوز لحدود سلطته بحيث أن آثار الوكالة لا تنصرف إلى الأصيل إلا إذا أقره و بذلك يصبح التصرف المجاوز لحدود السلطة بمثابة وكالة مكملة للوكالة الأولى عملا بالقاعدة القانونية التي تقول "الإقرار اللاحق كالوكالة السابقة."

غير أن تأسيس الأثر الرجعي للإقرار على الوكالة معناه أن الغير كان أهلا لإعطاء وكالة للمتعهد وهذا غير صحيح لأن المتعهد كما سبق الإشارة إليه يتدخل في شؤون الغير بدون سلطة نظرا لوجود عقبة قانونية تمنع الغير من التصرف لحسابه كأن يكون قاصرا أو شخصا مستقبليا كالشركة التي لم يتم قيدها في السجل فكيف يمكن في هاتين الحالتين افتراض وجود وكالة اللاحقة من الغير الذي ليست له في هذه الحالة لا الصفة ولا الأهلية لإعطاء وكالة للمتعهد(3).

1-.M.STORCK.J.C.CIV. PRECITE. CASS, CIVIL, 18/7/1964 P15. MAZEAUD OUVRAGE PRECITE P 595.
2- jean boulanger these precite epage 104 – 106
3- M.VERICEL.ART. PRECITE PAGE 126

ونرى أن نظرية الوكالة الافتراضية تجعل وضعية المتعهـد كوضـعية الوكيـل المجاوز لحدود سلطته والذي ينتظر إقرارا من صاحب الشأن.

و ما يدعونا إلى استبعاد هذه النظرية إرادة الأصيل تكون سابقة لإرادة الوكيل بينما إرادة المتعهد يكون سابقة لإرادة الغير (1).

و من جهة أخرى هناك من يرى أن الوضعية القانونية التي تنشأ عن تدخل المتعهد بدون سلطة في شؤون الغير لن تتغير إلا بتحقق شرط واقف يتمثل فـي حـدث لا حـق تقترن به الرجعية وهذا الشرط يمثل عنصرا هاما في التصرف المبـرم والمتمثـل فـي الإقرار (2). فما مدى صحة هذا الرأي؟.

بالرجوع للأحكام الخاصة بالشرط الواقف بصفة عامة ونقارنها مع تلك للإقـرار. نجد أن الالتزام المعلق على شرط واقف ينشأ عن علاقة قانونية تربط بين الدائن و المدين و ليس لهذا الأخير أن يرجع فيما وعد به إلا إذا تحقق شرط معين مثلا يعد " أ " "ب" أنه سيهبه جزءا من ثروته إذا تزوج بابنته(3). فهو إذن إلتزام غير كامل الوجود إذ وجـوده موقوف على شرط، فإذا تخلف الشرط الواقف فإن حق الدائن يصبح عـدما وإذا تحقـق يصبح نافذا من وقت صدور الوعد وليس من وقت تحقق الشرط وهنـا الأثـر الرجعـي للشرط بإمكان الأطراف استبعاده بإرادتهما.

أما الاقرار في نظام التعهد عن الغير فهو يتفق مع الشرط الواقـف فـي مرحلـة التعليق لأن الالتزام يكون محدود الآثار في كلا الحالتين.

و إذا رجعنا إلى أثر الشرط الواقف بعد فترة التعليق نجد أن تخلف الشرط الواقف يؤدي إلى زوال الرابطة القانونية بين الدائن والمدين، بينما عدم إقـرار الغيـر لا يزيـل علاقة المتعهد بالمتعهد له إذ يبقى المتعهد ملزما بالتعويض تجاه المتعهد له لكونه يعتبـر مخلا بإلتزامه التعاقدي طبقا للمادة 1/114 من القانون المدني الجزائري.

1- jean boulanger these precitee page 106 – 107
2- M.STORCK.J.C .CIV. PRECITE PAGE 15.
3.د.عبد المنعم البدراوي. النظرية العامة للالتزام.ج2. أحكام الالتزام. 168 .169.

كما أن الأثر الرجعي للشرط الواقف يرجع إلى إرادة طرفي العقد، بينما في التعهد عن الغير فيستند الأثر الرجعي للإقرار إلى إرادة الغير إذا إستخلص ذلك صراحة أو ضمنيا من إرادته المادة 2/114 من القانون المدني الجزائري.

و يظهر الاختلاف أيضا في أن المتعهد لا يعلن دائما أن العملية متوقفة على الموافقة اللاحقة للغير (1). و بالتالي بإمكننا استبعاد فكرة إعتبار الإقرار شرطا واقفا، بغض النظر عن التشابه الظاهر الموجود بينهما، بجعلهما الالتزام الموعود به متوقفا على وجودهما.

وهناك رأي حديث آخر حول تأسيس الأثر الرجعي للإقرار يقول أن المتعهد عنه عندما يقر ما تم لحسابه بدون سلطة، يكون قد تخلى عن حقه في الاحتجاج بعدم سريان التعهد في حقه و تنازل عن حماية القانون له في عدم سريان تصرف تم من أجله بدون سلطة فالرجعية هنا لا تأسس على وكالة سابقة وهمية و لا حتى على اتمام تصرف كان حتى الآن ناقصا، و إنما ترجع الى تنازل صاحب الشأن عن حقه في الإحتجاج بعدم نفاذ التصرف في حقه. و بذلك يقترب الإقرار من الإجازة إذ في كلتا الحالتين يتنازل صاحب الشأن عن حق الاحتجاج بعدم نفاد التصرف في حقه.(2)

2)- الاستثناء الوارد على مبدأ رجعية أثر الإقرار:

قد يحدث في الفترة ما بين قيام المتعهد بإبرام التعهد لحساب الغير، وقبل تبين موقف هذا الغير من التعهد، أن يكتسب بعض الأشخاص حقا من تعاملهم مع هذا الغير (3).

و يقول الشراح أن الأثر الرجعي للإقرار في مثل هذه الحالة لابد أن لا يضر بمن كسب حقا من الغير قبل الإقرار (4).

1/- M.STORCK.OP CIT P15.
2/- M.STORCK.OP CIT P15.

3- الدكتور عبد السيد أحمد عبد ا . المرجع السابق صفحة 272.

4-الدكتور أنور سلطان. المرجع السابق صفحة 216 – د/ جلال علي العدوي المرجع السابق صفحة 245.

بمعنى أن الأثر الرجعي لإقرار الغير لايترتب إلا في حدود علاقة المتعهد له والمتعهد عنه ، ولا يسري في مواجهة من يكون قد تلقى حقا يتعارض مع قبوله للعقد المتعهد به فإذا تعهد " أ " أن يحمل "ب" على قبول بيع منقول إلى " ج "، وفي تلك الفترة قام "ب" ببيع المنقول إلى " د " ثم قبل التعهد "أقر" على أن يكون لإقراره أثر رجعي. في هذه الحالة حق "د" يبقى بالرغم من ذلك فتخاص له ملكية المنقول. وما تجدر الإشارة إليه هنا إلى أن بقاء حق الغير في هذه الحالة مرجعه إلى أن الغير إذا تصرف في شيء يملكه، ثم قبل بعد ذلك تعهدا في خصوص هذا الشيء على النحو المذكور، فان إقراره للتعهد يعتبر تصرفا في شيء لا يملكه، ومن تم يصبح إقراره للتعهد غير نافذ في حق الشخص الذي انتقل إليه الشيء من الغير.(1) وبالتالي ويتضح مما تقدم أن التعهد عن الغير ماهو إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة.

و مما تقدم نستطيع تحديد موقف الفقه حول دور تعبير الغير في تحديـد الطبيعـة القانونية للتعهد عن الغير في حالتين:

ففي الحالة التي يكون فيها التعهد مستقلا بذاته نكون أمام إيجاب موجه إلى الغيـر وموافقة الغير هي قبول للتعهد وينشأ عنها التزام الغير منذ لحظة إتـصال القبـول بعلـم الموجب و هذا بمقتضى عقد جديد من حيث الأطراف و الالتزامات ووقت الإبرام.

أما إذا كنا أمام تعهد مقترن بعقد آخر، فإن موافقة الغير تكون إقرارا له و يكـون بذلك للإقرار أثر رجعي إلى يوم إبرام التعهد والتعهد في كلا الحالتين يعتبر عقدا صحيحا غير نافذ في حق الغير والإقرار هنا يعتبر شرطا لنفاد التعهد في حق الغير وليس شرطا لصحته.

1.د.عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق ج1 صفحة 622.-623

- عبد السيد احمد عبد ا –المرجع السابق صفحة 272

-د.حسين منصور مصادر الالتزام –المرجع السابق صفحة 306

المبحث الثاني

أثر تعبير الغير في التعهد عن الغير

نظرا لأن التعهد عن الغير في غالب الأحيان يكون مرتبطا بعقد آخر فإن موافقة الغير تكون إقرارا له، بحيث يصبح الغير نظرا للأثر الرجعي للإقرار الذي يصدره، طرفا في التعهد منذ إبرامه لحسابه، وكأنه هو الذي أبرمه منذ البداية.

كما أن إلزام المتعهد بالتعويض للمتعهد له عند رفض الغير الالتزام به والراجع إلى كونه الطرف المدين في التعهد عن الغير دليل كاف على أن التعهد عقد صحيح.

فإذا نجح المتعهد في إقناع الغير بالالتزام بالتعهد يكون هنا الإقرار بمثابة التنفيذ العيني للتعهد، إذ تبرء ذمته بمجرد إقرار هذا الغير. و تقام علاقة بين كل من المتعهد عنه والمتعهد له.

و نقسم هذا المبحث الى مطلبين: المطلب الأول ندرس فيه حالة عدم إقرار الغير و ما يترتب من مسؤولية على عاتق المتعهد و المجسدة في التعويض الذي يمكن أن يأخذ صورة تعويض بمقابل أو تعويض عيني.

و في المطلب الثاني نتعرض إلى حالة إقرار الغير من خلال نقطتين: أولا: الإقرار كشرط لنفاد التعهد في حق الغير و ثانيا: الإقرار كتنفيذ عيني للتعهد.

المطلب الأول

حالة عدم إقرار الغير للتعهد

بالرغم من اليقين التام للمتعهد من أن الغير سيقر الإلتزام المتعهد به إلا أنه بإمكان الغير أن يخيب أماله بعدم إقراره الإلتزام المتعهد به.

فالقانون أعطى للغير كامل الحرية في الإقرار أو عدمه لإعتباره أجنبيا عن العملية القانونية التي تمت لمصلحته بدون سلطة، و بذلك يكون المتعهد المسؤول الوحيـد تجـاه المتعهد له و هذا ما تؤكده الفقرة الأولى من المادة 114 قانون مدني جزائري التي تنص على ما يلي: " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفـض الغيـر أن يلتزم وجب على المتعهد تعـويض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلـك أن يـتخلص مـن التعويض بأن يقوم بتنفيذ ما التزم به.

لكن ما يجدر الإشارة إليه أن الغير قد يكون خلفا للمتعهد، فهل عند وفاة هذا الأخير يبقى هذا الغير بإعتباره خلفا له حرا في الإقرار أم أن هذه الحرية تحكمها قيود بحيث يجد هذا الغير نفسه مجبرا بإلتزام سلفه المتعهد؟ هذا ما سوف نحاول دراسته في هذا المطلب.

الفرع الأول

المتعهد مخل بالتزام عقدي

لا حرج أن يرفض الغير الإلتزام بالتعهد، فهو لا يلزمه بشيء، و لا يترتب علـى رفضه أية مسؤولية و لو على أساس فكرة التعسف في إستعمال الحق لأنه أجنبـي عـن التعهد و إن كان هناك أساس لمحل الإلتزام فعلى أساس آخر كالفضالة مثلا إذا تـوافرت شروطها و لكن هذه الحالة تخرج عن نظام التعهد الى نظام آخر (1).

يعد عدم إقرار الغير للإلتزام المتعهد به تعبيرا عن إرادة هذا الغير في عدم تقبلـه للتصرف الذي تم لحسابه بدون سلطة(2).

1- – الدكتور أنور سلطان – المرجع السابق ص 273.

2- jean boulanger. these precitee page 134.

فعدم الإقرار يخضع للقواعد العامة المتعلقة بالتعبير عن الإرادة فيمكن أن يكـون صريحا أو ضمنيا، و ترجع أسباب عدم إقرار الغير إما إلى رفضه الغيـر الالتـزام بـه أو لوجود استحالة تحول دون قيامه بالالتزام المتعهد به. فرفض الغير قد يكون صـريحا عندما يصرح أنه لا يريد إقرار الالتزام المتعهد به كما يمكن أن يكون عدم إقرار ضمنيا كأن يتصرف المتعهد عنه في الشيء المتعهد به رغم علمه بوجـود التعهـد عـن ذلـك الشيء(1).

و تجدر الإشارة الى أنه قد يحدث أن يرفض الغير الإقرار ثم يعـدل عـن ذلـك الرفض، و يرى بولونجيه أنه يجب في هذه الحالة التمييز بين حالتين: (2).

<u>الحالة الأولى</u>: علم المتعهد له بعدم إقرار الغير:

هنا لا يمكن للغير بعد عدم إقراره للتعهد أن يجبر المتعهد له بالتعاقد معه فـي حالة عدوله عن عدم إقراره في هذه الحالة يعد التعهد كأنه لم يكن و تطبق عليـه نفـس أحكام القبول الصادر بعد انقضاء الأجل المحدد له. وإذا ما قبل المتعهد له هـذا الإقـرار الصادر بعد العدول عن الرفض نكون أمام عقد جديد والتعهد يمكن أن يصبح كمرجع لهم لإبرام إتفاق جديد.

<u>الحالة الثانية</u>: عدم علم المتعهد له بعدم إقرار الغير:

في هذه الحالة إذا صدر الإقرار في آجاله المتفق عليها فلا عبرة بـالرفض الـذي أصدره في المرة الأولى مادام المتعهد له لم يعلم به.

وعدم الإقرار في كل هذه الحالات سواء أكان بسبب رفض الغير أو بسبب وجـود إستحالة يمنع من قيام أي علاقة قانونية بين كل من المتعهد له والغيـر و يكـون بـذلك المتعهد مخلا بإلتزامه العقدي.

1-jean boulanger these precitee page 134.
2-jean boulanger these precitee page 135. a137

و يعد هذا الموقف تطبيقا منطقيا للقواعد العامة المتعلقة بالتعبير عن الإرادة في كافة العقود سواء بالقبول أو الرفض.

1 - قيام المسؤولية العقدية للمتعهد عند عدم إقرار الغير:

يترتب على الإخلال بالإلتزام بصفة عامة قيام مسؤولية المدين و تعتبر المسؤولية العقدية جزاء للإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيـذها، فهـي تقـوم عنـد إستحالة التنفيذ العيني و قيامها يفترض أن يكون هناك عقد صحيح واجب التنفيذ لـم يقـم المدين بتنفيذه، كما أنها لا تقوم إلا إذا توفر الخطأ من جانب المدين كما أنه إذا كنا أمـام إلتزام بتحقيق نتيجة فيكفي عدم تحققها لوقوع الخطأ العقدي من جانب المدين (1) و عليه تستلزم القواعد العامة لقيام المسؤولية العقدية بصفة عامة ما يلي(2):

* - وجود عقد صحيح.
* - عدم تنفيذ المدين لالتزامه.
* - حصول ضرر للدائن من جراء عدم تنفيذ المدين الالتزام.

يعد المتعهد الطرف المدين في التعهد إذ أنه ملزم بجعل الغير يلتزم بالتعهد وهـذا بإقناعه على إقرار ما تم لحسابه فهل شروط قيام المسؤولية العقديـة قائمـة فـي نظـام التعهد؟.

بالنسبة للشرط الأول: فلقد إستخلصنا سابقا أن التعهد عقد صحيح فهو ليس بعقـد باطل بطلانا مطلقا لأن مجرد إقرار الغير له يجعله سـاري المفعـول و منتجـا لآثـاره القانونية و كأنما قام الغير بإقرامه بنفسه منذ البداية و ليس المتعهد.

فالتعهد يشتمل على إرادتين متطابقتين و هما إرادة المتعهد التي تفتقر الى سـلطة تولي شؤون الغير. و الإرادة الثانية هي إرادة المتعهد له و هي إرادة منتجة لأثارها فورا.

1- د. بلحاج العربي: المرجع السابق ص 164 – 165.

2- د. على علي سليمان المرجع السابق ج 1 صفحة 120.

الشرط الثاني: عدم تنفيذ المدين لإلتزامه:

كما سبق الإشارة اليه فإن التزام المتعهد التزام بتحقيق نتيجة، فمجرد عدم إقـرار الغير هنا يجعل منه مخلا بالتزامه اتجاه المتعهد له الذي يعد الطرف الدائن.

الشرط الثالث: نشوء ضرر عن عدم تنفيذ الإلتزام العقدي:

يجب أن يكون من أصابه ضرر عن عدم تنفيذ الإلتزام العقدي هو الدائن بالإلتزام أو خلفا عاما له (1) و إذا كان من أصابه ضررا غريبا عن العقد هنا المـسؤولية تكـون تقصيرية. فيأخذ إذن بعين الإعتبار بالضرر الذي نشأ عن عدم تنفيذ التعهد بالنسبة للمتعهد له أو خلفه.

و عليه فنحن أمام كل العناصر المطلوبة عامة المسؤولية العقدية للمتعهد في حـال فشله في إقناع الغير.

و تجدر الإشارة الى أنه لا يعد عدم إقرار الغير سببا أجنبيا كاف ليرفـع المتعهـد عنه المسؤولية وهذا لعدة أسباب أهمها: أن رفض الغير كان محتملا عند إبـرام التعهـد والدليل على ذلك ضمان المتعهد للمتعهد له دفع تعويض.

كما أن مفهوم رفض الغير لا يتفق ومفهوم السبب الأجنبي والقوة القـاهرة اللـذان يمثلان حدثا مفاجئا لا يمكن توقعه ولا دفعه والذي بوجوده يصبح تنفيذ الإلتزام المتعهد به مستحيلا (2). فالمتعهد لا يتحلل من مسؤوليته إذا أثبت أنه عمل كل ما يسع رب الأسرة المعني بأمور نفسه بل لا بد أن يحصل على ذلك الإلتزام إلا إذا كان الطرفان قد إتفق منذ إبرام التعهد على جعل إلتزام المتعهد مجرد إلتزام ببذل عناية فقط.

1- د/ على علي سليمان المرجع السابق ص 122.

2-JEAN BOULANGER. THESE PRECITEE PAGE 133 A 135 M.VERICEL.ART.PRECITE PAGE 124.

غير أنه هناك جانب من الفقه إعتبر أنه ليس هناك ما يحال المتعهد مـن إلتزامـه و يعفيه بذلك من مسؤوليته حتى و لو كان هناك سبب أجنبي، إذا يبقـى المتعهـد ملـزم بالتعويض مهما كان السبب لأن إلتزامه بالضمان يشمل على إلتزامه بتأمين المتعهد له من الخطر رفض الغير للإلتزام المتعهد به(1).

و نحن نرى أنه بإمكان المتعهد أن يتحال من هذا الإلتزام إلا إذا أثبت أنه كان أمام استحالة تحول دون قيامه بإلتزامه شريطة أن تكون هذه الإستحالة متعلقة بشخص الغيـر، فيعتبر مثلا سببا أجنبيا موت الغير، كأن يتعهد "أ" بجعل رسام معروف يرسم لـه لوحـة زيتية و يتوفى هذا الرسام أو أن يصبح الغير في حالة لا يمكنه فيها إصدار تعبيـر عـن إرادته كأن يصاب بجنون أوعته (2).

أما إذا كان الإلتزام المتعهد به متعلقا بالذمة المالية للغير فإننا نرى أن المتعهد يبقى ملتزما تجاه المتعهد له و ليس له الإحتجاج بوجود الإستحالة كتـصرف المتعهـد عنـه بالشيء المتعهد به بدون علم منه بالتعهد أو كأن يتاف الشيء المتعهد به فهنـا نـرى أن المتعهد بإمكانه أن يقدم بدلا عنه من نفس النوع حتى يتخاص من التعويض فمثلا إذا كان الشيء المتعهد به سيارة من طراز معين و قام الغير ببيعها هنا بإمكان المتعهد الحـصول على نفس نوع السيارة و يقدمها للمتعهد له بدلا من السيارة المتعهد بها.

إذن لا بد له أن يثبت المتعهد وجود السبب الأجنبي يتعلق بشخص الغيـر ليعفـي نفسه من التعويض فأمام الإستحالة المطلقة فقط يمكنه التحال منه (3) وفق المادة 307 من القانون المدني الجزائر التي تنص على أنه: ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

1- د/ عبد الحي حجازي المرجع السابق المجلد الثاني الصفحة 725 و الصفحة 884.

2- الدكتور محمد حسين منصور المرجع السابق صفحة 307.

- JEAN BOULANGER. THESE PRECITE PAGE 134

3- ALEX WEILL FRANCOI TERE P 589

- فالإستحالة النسبية تبرء المدين من التنفيذ العيني، غير أنه يبقى ملزما بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه طبقا للمادة 176 ق م الدكتور علي فيلالي المرجع السابق ص 177 و 336.

2- حالة خاصة في إمكانية إلزام الغير بالتعهد:

من الناحية القانونية الغير ليس ملزما بتنفيذ التعهد بإعتباره أجنبيا عنه، ويعد هـذا أمرا منطقيا يتوافق و المبادئ العامة للقانون والعدالة. لكن الواقع أثبت عكس ذلك، إذ يجد هذا الغير نفسه مضطرا من الناحية المعنوية للإلتزام بما تم الاتفاق عليه لحسابه وهـذا، نظرا للعلاقة التي تربطه بالمتعهد. كما لو كنا في إطار النظام المشترك للـزوجين فقـد يحدث أن يقوم الزوج ببيع عقار مملوك على الشيوع بينه وبين زوجته متعهدا عنها أنهـا ستقر ما قام به لحسابها، فالزوجة هنا تكون مضطرة للإقرار لأنها بطريقـة أو بـأخرى ستتأثر بالتعويض الذي سيدفعه الزوج في حالة رفضها لأنه في هذه الحالة سـيدفعه مـن المال المشترك بينهما (1).

كما أن المتعهد في كثير من الأحوال ما يكون وليا له مما يضطر الغير للإقـرار، تفاديا منه قيام مسؤولية المتعهد التي تستوجب منه تعويض المتعاقد على الأضرار التـي تلحقه من عدم إقراره (2).

لهذا تدخل القانون الفرنسي لحماية القاصر بحيث نـص القـانون رقـم:85-677 المؤرخ في 5 / 7/ 1985 و المتعلق بالتعويض عن حوادث المرور في المـادة 18 /3 على منع الممثل القانوني من الحصول على إقراره على الصلح الذي أجراه " الولي " مع المؤمن إلا بعد بلوغه سن الرشد و يعد هذا حماية للقاصر من الضغط الـذي يمكـن أن يمارسه عليه و ليه فيقبل بالصلح (3).

و يجب الإشارة الى أن الغير بإمكاننا مساءلته بتطبيق تقنيات قانونية أخرى غيـر التعهد، لأنه قد يستفيد هذا الغير من التعهد بإمكاننا مطالبته في هذه الحالة علـى أسـاس الإثراء بلا سبب أو على أساس الفضالة كما سبق الإشارة اليه في إمكانية إعتبار الشخص متعهدا و فضوليا في حال توفر شروط كلا النظامين (4).

1/- M. Vericel. Art précité page 126.
2/-M. storck . OP cité page 18.
3- M. Vericel. Art précité page 126.

4- Mazeaud -ouvrage pricite page 595.

و يلاحظ أيضا في هذا الصدد أن الغير قد يخاف المتعهد مثال ذلك أن يتعهد الأب عن إبنه فيكون التعهد ملزما للأب دون الإبن، ثم يتوفى الأب فيخلفه الإبن.

فبالرجوع إلى التشريعات العربية التي يستند في معظمهـا إلـى أحكـام الـشريعة الإسلامية، نجدها لا تقبل انتقال الالتزامات من المورث إلى ورثته تطبيقا للقاعـدة التـي تقول" لا تركة إلا بعد سداد الديون ".

لكن المشرع الفرنسي نجده يعترف بإمكانية انتقال التزامات المورث إلى الورثـة و لاعتبار الوارث امتداد الشخص المورث، وبالتالي يلتزم بالتزاماته في حالة قبوله التركة بدون تحفظ، أما إذا قبلها بتحفظ بجردها فعندئذ لا تنتقل إليه التزامات مورثه (1).

وعليه فالتعهد في نظام التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري لا يقبل إنتقال إلتزمات المورث إلى الغير في حالة ما إذا كان هذا الغير وارثا له، وعلى خلاف المشرع الفرنسي الذي يلزم الغير إذا كان خلفا للمتعهد ويميز بين حالتين:

الحالة التي يكون فيها المتعهد طرفا أجنبيا عن التصرف الرئيسي، والحالـة التـي يكون فيها المتعهد طرفا في التصرف الرئيسي.

<u>الحالة الأولى</u>: التي يكون فيها المتعهد أجنبيا عن التصرف الرئيسي:

هنا تنتقل إلى الغير أثار العقد فقط، ولا يغير من وضعيته كغير إذ يبقى العقد غير نافذ، في حقه، و هو حر في الإقرار أو عدمه لأن المتعهد والمتعهد لـه عنـد إبرامهمـا للتعهد، يكونان قد تركا لهذا الغير الحرية في تحديد موقفه، والدليل على ذلـك تحديـدهما للتعويض، و عليه يكون الغير ملزما بالتعويض فقط، هذا ما قضت به محكمـة الـنقض الفرنسية في قضية نتخلص كالتالي: قام الأب بإبرام عقد إيجار عقار متعهدا عن أطفالـه القصر أنهم سيقرونه عند بلوغهم سن الرشد، فتوفي الأب وعند بلوغ الأطفال سن الرشـد رفضوا الإقرار مما أدى إلى الحكم عليهم بالتعويض وفقا لأحكام الخلافة (2).

1- د/ علي سليمان . المرجع السابق ح ، صفحة 87.

2- M STORCK JURIS CLASSEUR CIV PRECITE PAGE19

أما الحالة الثانية: التي يكون فيها المتعهد طرفا في التصرف الرئيسي

و مثالها حالة بيع المتعهد لعقار مملوك على الشيوع ويكون شريكا فيه، في هذه الحالة إذا توفي المتعهد انتقل التزامه، المتمثل في ضمانه الحصول على الإقرار. لأنه يكون قد قام ببيع حصته أصالة عن نفسه و باع حصة الغير متعهدا عنه. فقبول الغير للميراث يجعله مدينا بالتزام مورثه، وهو التزام غير قابل للانقسام بطبيعته (1). فيكون الخلف في هذه الحالة ملزما بالعقد الذي أبرمه سلفه و ينتقل الإلتزام بالضمان إليه (2).

و في هذا الصدد يجدر بنا الإشارة الى أن إنتقال إلتزام المتعهد الى سلفه الغير يتناقض نوعا ما مع ما قلناه عن حرية الغير: فالمتعهد له و المتعهد عند إبرامهما التعهد قد تركا للغير حرية الإقرار أو عدمه. و من جهة أخرى المتعهد له كان منذ البداية على علم أن الغير حر في الإقرار و الدليل على ذلك الإلتزام الشخصي للمتعهد إتجاهه و عليه يطرح الإشكال، على أي اساس سنلزم الغير بالتعهد؟ و يمكننا الرد هنا أن إلتزام الغير في هذه الحالة يقوم بإعتباره خلفا و لا يعتبر إلتزاما شخصيا. و بذلك يظل الخلف حرا في الموافقة على الإلتزام بالعقد موضوع تعهد سلفه فإذا رفض إلتزام سلفه يتحول الى تعويض يقتضى من أموال التركة و في حدود هذه الأموال وحدها وفقا لقواعد الخلافة (3).

فالإجتهاد القضائي الفرنسي قد توصل الى أنه ليس بإمكان الغير إستبعاد آثار التعهد الناتجة في ذمته المالية لأنه بإنتقال الميراث إليه ينتقل إليه حق الضمان الذي كان على عاتق سلفه المتعهد و بذلك يكون عليه إحترام العقد الذي أبرمه سلفه و لا يمكن في أي حال من الأحوال إجباره على الإقرار (4).

1- VERICEL .ART. PRECITE PAGE : 126 –
- CORINE RENAULT – BROHINSKY : DROIT CIVIL LES OBLIGATIONS PAGE 111.
- ALEX WEILL. FRANCOIS TERRE PRECITE PAGE 587

2- فريدة زواوي رسالة الدكتورة ص 171.

3- د/ مصطفى الجمال صفحة 236 / mazeaud precite p 595.

4/-JEAN BOULANGER. THESE PRECITEE PAGE126

و بإستثناء الحالات المبينة سابقا عن إمكانية الزام الغير بالتعهد تبقى للغير الحرية المطلقة في إقرار التعهد أو عدم إقراره. فإذا رفض الإقرار فإن المتعهد يتحمـل وحـده المسؤولية إتجاه الطرف المتعاقد معه فالغير من الناحية القانونية حر في الإقرار أو عدمه طبقا لما تقضي به نص المادة 113 من القانون المدني الجزائري بإعتبار التعهد قد ينـشأ التزاما في ذمته.

الفرع الثاني

وجوب تعويض المتعهد له عن عدم إقرار الغير

إن الهدف من التعهد، هو إقامة رابطة تعاقدية بين كل من المتعهد له والغير، وعدم النجاح في ذلك يستلزم الأمر من المتعهد دفع تعويض للمتعهد له و هذا وفق مـا نـصت عليه المادة 114 من القانون المدني الجزائري.

1)- كيفية تعويض المتعهد له:

فالتعويض إذن يعتبر أثرا مباشرا لقيام المسؤولية العقدية للمتعهد، فبتطبيقنا للقواعد العامة لا بد أن يغطي هذا التعويض الضرر المباشر و المتوقع الناتج عن تأخر أو عـدم تنفيذ الالتزام المتفق عليه بين طرفي التعهد وللمتعهد له باعتباره الطـرف الـدائن حـق المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن رفض الغير و الذي يشمل كل ما فاته مـن كسب وما لحقه من خسارة (1).

و هذا التعويض يقدر بمقدار مصلحة المتعاقد مع المتعهد في تنفيذ إلتزامه أي على أساس المصلحة الإيجابية(2). و هو إما أن يكون تعويضا إتفاقيا أو قضائيا كما يمكـن أن يكون عينيا إذا كان غير متعلق بشخص الغير (3).

1- د علي علي سليمان المرجع السابق ج 1 ص 117
2- د/ عبد الحي حجازي المرجع السابق ج2 ص 218.
3- د/ سمير تناغو القانون و الإلتزام صفحة 122.

1-1 - التعويض بمقابل:

قد يتفق الأطراف على مقدار التعويض إذا لم يوفي المتعهد بالتزامه، بحيث يحددانه بمقدار معين وهذا ما يعرف بالشرط الجزائي فالشرط الجزائي يقدر عادة بمبلـغ يكـون المتعاقدان قد حدداه بصفة نهائية فلا يمكن بذلك منح المتعهد له أي الدائن أقل أو أكثر مما هو متفق عليه، كما أن الشرط الجزائي تبعي للتصرف الرئيسي فإذا كان هذا التـصرف باطلا كان الشرط الجزائي باطلا، كما أنه إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضـرر، فإنه لا يستحق في هذه الحالة التعويض. إذن فالشرط الجزائي لا يمكن دفعه كتعويض إلا إذا تم إثبات وجود ضرر ناتج عن تنفيذ الإلتزام أو التأخر في تنفيذه هذا ما قـضت بـه المادة 184 قانون مدني جزائري.

فالأصل في التعويض الناتج عن رفض الغير أن يكون نقديا لكـن إذا لـم يتفـق الأطراف مسبقا عليه، و ترجع السلطة التقديرية للقاضي في حالة حـدوث نـزاع بـين المتعهد و المتعهد له، ويشمل هذا التعويض ما لحق المتعهد له من خسارة وما فاته مـن كسب، أما إذا كان هناك غش فالتعويض لا يشمله لأنه يشمل فقـط مـا يمكـن توقعـه والمطالب به هو المتعهد. فإذا تابع المتعهد له الغير مطالبا إياه بالتعويض عما لحقه مـن ضرر ناجم عن رفضه فإنه في هذه الحالة لا يمكنه متابعة المتعهد على أساس المادة 114 من القانون المدني الجزائري نظرا لعدم وجود أي علاقة تربطه به. فالغير ما دام لم يقـر الالتزام المتعهد به يبقى أجنبيا عنه ومتابعته من أجل دفع التعويض لا أساس لها، لذا ننتقد قرار القاضي بزوال حق المتعهد له في مطالبة التعويض من المتعهد نظرا لرجوعه على الغير بدلا من المتعهد لأن المتعهد له في هذه القضية يكون قد تنازل عن دين لا أساس له ولا وجود له وبالتالي لا يفقد حق الرجوع في طلب التعويض من المتعهد نظرا للعلاقـة التعاقدية الموجودة بينهما(1).

1- CASS .10.03.1954 CITE PAR M STORCK JCL . PRECITE PAGE 17

ملاحظة: يرى بولونجية أن التزام المتعهد هو التزام بإعطاء شيء في حالة رفض الغيـر فالمتعهـد مـؤمن لمخاطر رفض الغير، مما يستلزم منه تغطية كل مخاطر رفض الغير بشرط أن لا يتعدى التأمين الضرر الذي أصـاب المتعهد له من جراء رفض الغير . - JEAN BOULANGER THESE PRECITE PAGE 36 -

2-1 - التعويض العيني:

لما كان المتعهد له ليس له دعوى في مواجهة الغير، فليس له كذلك الحق في أن يجبر المتعهد على أن يحل محل الغير في القيام بالأداء المقصود (1).

ففي غياب اتفاق بين الأطراف حول تحديد مبلغ التعويض لا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام المتعهد به فإذا تعهد فنان لشخص يريد إقامة حفل بأن يجعل فنانا أخر يلتزم بالغناء في هذا الحفل فلا يمكن لهذا الشخص أن يجبر الأول بالغناء إذا رفض الثاني الإلتزام. لكن يجوز للأول أن يغني إذا أراد ذلك أن التزام المتعهد ليس التزاما بالضمان وإنما التزام بالحصول على نتيجة تتمثل في الحصول على إقرار الغير، لذا فإن التزام المتعهد التزام بدلي و يكون الإلتزام الأصلي فيه هو دفع تعويض Obligation facultative و بالمقابل لا يحق للغير أن يرفض قيام المتعهد بتنفيذ الالتزام المتعهد به و إلا إعتبر متعسفا في استعمال حقه (2) فبرجوعنا إلى نص المادة 114 من القانون المدني الجزائري نجدها قد أجازت للمتعهد أن يقوم شخصيا بتنفيذ الالتزام المتعهد به في حالة عدم إقرار الغير مادام أن التنفيذ ممكن، ولا يتصل بشخص الغير كأن يتعهد "أ" لـ "ب" بجعل "ج" يبيعه سيارته فإذا رفض "ج" يكون "أ" قد أخل بإلتزامه و يكون بذلك ملزما بتعويض "ب" لكن يجوز لـ "أ" أن يقوم بشراء سيارة مماثلة للسيارة المتعهد بها و هنا يكون قد نفذ إلتزامه و هنا يكون المشرع الجزائري قد جعل من التعويض في نظام التعهد عن الغير تطبيقا منطقيا للقواعد العامة للتعويض وفق ما نصت عليه المادة 216 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري التي تنص:" يكون الإلتزام إختياريا إذا لم يشمل محله إلا شيء واحد، و لكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا أخر".

1- د/ عبد الحي حجازي المرجع السابق ص 218.
2- د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص 624 – د/ فرج الصدة نظرية العقد 552.

و تجدر الإشارة هنا الى أنه بإعتبار التعهد إتفاق فبإمكان طرفيه أن يتفقا على جعل الإلتزام المتعهد به إجباريا على المتعهد و ذلك عندما يتعهد المتعهد بالإضافة إلى التزامه بالحصول على إقرار الغير من جهة أخرى يتعهد أنه سينفذ الالتزام المتعهد به عنـد مـا يرفض الغير الإقرار.

فهنا نحن أمام تصرفين: تصرف تم بدون سلطة لحساب الغير والمتمثل في التعهد بالحصول على إقرار الغير وتصرف قام به أصالة عن نفسه ولحسابه الشخـصي وهـذا التصرف يعد تصرفا معلقا على شرط واقف يتمثل في رفض الغير (1).

فالأصل في التعويض في نظام التعهد أن يكون تعويضا بمقابل سواء كان اتفاقيـا أو قضائيا. و الإستثناء أن يكون تنفيذا عينيا.

2- أساس تعويض المتعهد له:

بالرجوع الى نص المادة 114 من القانون المدني الجزائري نجد المشرع لم يتكلم عن ضرر و تعويض لكنه تكلما عن التعويض فقط و هنا يطرح التـساءل عـن أسـاس التعويض في نظام التعهد عن الغير؟ هل التعويض هنا يرجع الى إخلال المتعهد بـإلتزام عقدي أم على أساس تغطية خطر رفض الغير ما دام التعهد يشتمل علـى حمـل الغيـر الأجنبي عن العقد للموافقة على عملية قانونية تمت بدون سلطة لمصلحته؟

و بما أن التعهد عن الغير يشتمل على إلتزام المتعهد بالحصول على إقرار الغيـر نظرا لغياب السلطة لديه فإنه لا بد للمتعهد أن يعوض هذا الغياب بإلتزامه شخصيا إتجـاه المتعهد له و ذلك لا يكون إلا بتغطية خطر تعامله بدون سلطة. و تتجسد هذه التغطية في التعويض و هذا ما يجعل من التعهد عقد ضمان نتيجة و محل الضمان فيه هـو ضـمان رفض الغير.

1-M STORCK O.P CITE PAGE 18-19 .

و نحن نرى أنا أساس تعويض في نظام التعهد عن الغير لا يرجع الى خطأ عقدي لأن مصير يتوقف على موقف الغير و لا يد للمتعهد في ذلك بل نرجع أساس التعـويض في تغطية المخاطر التي تنتج عن رفض الغير و هنا يـصبح المتعهـد ضـامن لخطـر عقدي(1). مما يجعلنا نعتبر إلتزام المتعهد إلتزاما تعويضيا. فمبلغ التعويض هنا ما هو إلا تأمين المتعهد من رفض الغير للإلتزام المتعهد به.

المطلب الثاني

حالة إقرار الغير للتعهد

لقد عالج المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات الأخرى الحالة التي لا يـسأل فيها صاحب الشأن عن التصرفات التي تتم لحسابه بدون سـلطة، وهـي حالـة الوكيـل المجاوز لحدود سلطته وفقا لنص المادة 74 من القـانون المـدني الجزائـري. وعليـه فالتصرفات التي يقوم بها الوكيل المجاوز لحدود سلطته لا تسري في حق الأصيل إلا إذا اقرها وعدم النفاد هنا لا يعني بطلان التصرف الذي تم لحساب الأصيل بدون سلطة بـل هو تصرف صحيح (2).

و نرى أن عدم النفاد هو جزاء يرتبه القانون على كل شخص يتصرف بدون سلطة في شؤون الغير. كما أنها حماية وضمان للغير إذ لا يمكن إلزامه بعقد لم يكن طرفا فيـه و هذا ما جسده المشرع في نظام التعهد عن الغير من خلال نص المادة 114 من القانون المدني الجزائري و تجدر الإشارة الى أن عدم النفاد يشمل كل التصرف و لا يقتصر على جزء منه.

لكن هذا لا يمنع من وجود عدم نفاد جزئي و مثاله أن يكون المتعهد شـريكا فـي المال المشاع، فإذا قام المتعهد ببيع المال المشاع فالبيع يكون صحيحا(3).

---

1 : JEAN BOULANGER. THESE PRECITEE PAGE .31.

2- الدكتور عبد الحي حجازي. المرجع السابق ج2 صفحة 197.

3- M. STORCK.O P CITE PAGE 12.

بحيث يكون التصرف الذي قام به نافذا على نصيبه لأنه يعتبر متصرفا أصالة عن نفسه في الجزء الذي يمتلكه، أما بالنسبة للجزء الآخر من المال المشاع فالبيع يعد في هذه الحالة غير نافذ في حق الشريك أو الشركاء الأخرين وبالتالي إذا رفـض هـذا الأخيـر الإقرار فإن عملية البيع تكون غير نافدة في حقه بينما تنتقل ملكية نصيب " المتعهد " إلى المشتري.

كما يمكننا عند تطرقنا إلى عدم نفاد التصرف في حق الغير الإشارة إلـى حالـة الولي على قاصر، فلقد أشرنا الى أن المتعهد متولي لشؤون الغير بدون سلطة فهل هـذا ينطبق على الولي باعتباره نائبا قانونيا لمن يوجد تحت ولايته ؟ فلقد آثارت صحة التعهد عن القاصر نقاشا حادا بين الفقهاء الفرنسيين الذين رأوا أنها سماح للولي بـالتهرب مـن الحصول على إذن من الجهات القضائية. و هذا ما تقضي به المادة 88 /2 مـن قـانون الأسرة الجزائري: "........عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: بيع ، العقـار و قسمته و رهنه ...." ، ولكن إذا قام الولي بالتعهد عن القاصر بدون استفاء الإجـراءات القانونية فإننا نرى أنه لا يسأل على أساس ولايته ولكن على أساس التعهد و هذا ما أقرت به محكمة النقض الفرنسية لأنها ترى أن القاصر لا يلزم بعقد الولي المتعهد إلا بعـد أن يبلغ سن الرشد(1).

الفرع الأول

الإقرار شرط لنفاد التعهد في حق الغير

حتى يكون الإقرار نافذا في حق الغير لابد أن تتوفر فيه شروط شكلية وموضوعية (النقطة1). كما أنه نظرا للإلتباس القائم بين كل من الإقرار والإجـازة فإنـه لابـد مـن توضيح هذا الإختلاف بالتعرض إلى نقاط التشابه والاختلاف بينهما (النقطة2).

1 : JEAN BOULANGER. THESE PRECITE PAGE .93.
- M. STORCK.O P CITE PAGE 12.

1 - شروط صحة الإقرار:

يعتبر الإقرار تصرفا أحاديا يقر بموجبه صاحب الشأن بوجود حق نشأ في ذمتـه من نشاط من لم تكن له ولاية التصرف، ومن ثم لا يجوز القول أن الإقرار هنا يتعلق فقط بعمل صدر مجاوزا لحدود النيابة (1).

وكون الإقرار تصرف قانوني يعبر عن اتجاه إرادة المقر في إحداث أثر قـانوني هو ثبوت حق في ذمته و إعفاء المقر له من إثبات الحق، فإنه إذا ما إختار الشخص إقرار ما تم لحسابه بدون سلطة أو تجاوزا للسطلة، يكون بذلك قد الزم نفسه بإرادته المنفـردة دون حاجة إلى إرادة أخرى، وهنا يكون للإرادة المنفردة في نظام التعهد عن الغيـر دور في إحداث أثر قانوني و المتمثل في قيام الغير بالالتزام المتعهد به.

لكن هذا حتى يكون للإقرار الفعالية اللازمة لقيام تلك العلاقة سيتوجب الأمر توفر شروط موضوعية و شكلية.

1-1- الشروط الموضوعية للإقرار:

باعتبار الإقرار تصرفا قانونيا بإرادة منفردة من المقر فإنه يستوجب فيه الأهليـة، فلا بد أن يكون مميزا للقيام بالالتزام المتعهد به لحسابه، فهذا الالتزام يمكن أن يكون محله القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء كما سبق بيانه(2).

كما أنه يجب أن يكون تعبيره عن إرادته تعبيرا عن إرادة جدية وحقيقية، لا يشوبها عيبا من عيوب الإرادة أو عارضا من عوارض الأهلية المنصوص عليها قانونا ذلك حتى يستطيع تبني تصرفات قانونية هي في الأصل غير نافدة في حقه.

تجدر الإشارة الى أنه إذا كان الغير الموجب له غير ملزم بالرد علـى الإيجـاب الموجه إليه بإعتباره أجنبيا عن التعهد و له كامل الحرية في ذلك بالمقابل فـإن طرفـي التعهد غير ملزمين بالبقاء على التزامهما الى مالا نهاية فالتعهد معرض الى السقوط لـذا يجب أن يصدر الإقرار في أجاله المعنية.

1-د/ و حيد الدين سوار المرجع السابق صفحة 271.
د/ عبد الحي حجازي . المرجع السابق .ج1. صفحة 326.

2- M STORCK O P CITE PAGE 13.

و عليه يعتبر من الشروط الموضوعية: أن يصدر الإقرار في الآجال المتفق عليها بين المتعهد والمتعهد له، لأنه إذا ما تم تحديد آجال للإقرار ولم يصدر الغير إقراره، فإن هذا يعد رفضا ضمنيا للتعهد. كما أنه يعتبر من الشروط الموضوعية للإقرار أن يـشمل هذا الإقرار الإلتزام بالتعهد كله و ليس جزءا منه و إلا أعتبر إيجابا جديدا موجهـا مـن الغير إلى المتعهد له(1).

كما أنه قد يحدث أن لا يحدد المتعهد والمتعهد له أجلا لإقرار الغير، في هذه الحالة يطرح لنا الإشكال حول المدة التي يؤخذ بها بعين الإعتبار لتحديد موقف الغير من التعهد؟

فبرجوع الى نص المادة 114 من القانون المدني الجزائري نجد المشرع لـم يثـر هذه النقطة على نقيض المشرع الألماني الذي جعل للغير أجل خمسة عشرة يوما من يوم إخباره لإظهار موقفه و إعتبر عدم رده في هذه المدة رفضا للتعهد. و نحن نرى أنه أمام غياب نص قانوني بتشريعنا الوضعي لا مانع أن يبرم طرفي التعهد إتفاقا جديدا يحـددان من خلاله أجلا لإقرار الغير و هذا شريطة أن لا يمس هذا الإتفاق الجديد بالإتفـاق الأول (2).

كما أنه بإعتبار المتعهد المدين بالالتزام، فبإمكانه أن يثير إقرار هـذا الغيـر و لا مانع أيضا من أن يقوم المتعهد له بذلك خصوصا أنه الطرف المستفيد من التعهد في كونه يرغب في إقامة علاقة تعاقدية مع الغير.

1-2- الشروط الشكلية للإقرار:

لم تنص المادة 114 من القانون المدني الجزائري على شكل معين للإقرار "القبول" وعملا بالقواعد العامة المتعلقة بالتعبير عن الإرادة فإنه يجوز أن يكون الإقرار صـريحا أو ضمنيا(3).

1- MSTORCK O.P CITE 13.
2 : JEAN BOULANGER. THESE PRECITE PAGE .126.

3- د/ أنور سلطان المرجع السابق صفحة 216.

أولا: الإقرار الصريح: يكون الإقرار صريحا عندما يقوم الغير بالإعلان عن نيته في تبني الالتزام المتعهد به لحسابه وهذا باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك أو التفسير، كأن يصرح الغير بتقبله التعهد بقوله مثلا: " إنني أقر وأوافق على عملية بيع العقار التي تمت لحسابي من قبل أ ". كما يمكن أن يكون الإقرار صريحا في الحالات التي يشترط فيها القانون شكلا خاصا، كما في حالة العقود الرسمية، كأن تعلق الإقرار بإنعقاد هبة أو رهن رسمي وإلا عد إقرارا باطلا "(1).

ثانيا: الإقرار الضمني: يكون الإقرار ضمنيا عندما تكون إرادة الغير غير واضحة، حيث يتم استخلاصها من الظروف المحيطة به، كأن يقوم الغير بتنفيذ الالتزام المتعهد به أو كأن لا يعترض القاصر عند بلوغه سن الرشد عن التعهد الذي تم لحسابه(2). لكن الإقرار الضمني يطرح لنا إشكالا حول إثبات نية الغير في تبني الالتزام المتعهد به. ففي حالة وجود نزاع يظهر دور القاضي في البحث عن هذه النية التي يمكن إثباتها بكل الوسائل المقررة قانونا للإثبات و هذا حسب طبيعة الإلتزام الذي سيلتزم به(3).

ولتفادي مثل هذا الإشكال، لا بد أن يكون إقرار الغير مصرحا به بوضوح بحيث لا يدع أي مجال للشك في نية الغير في إلحاق التصرف بذمته. وهذا حتى يتجنب المتعهد الالتزام بتعويض المتعهد له. فمن الضروري إذن أن يحصل من الغير عن إعلان صريح، في تبني الالتزام المتعهد به، كالذهاب به إلى الموثق لإفراغ إقراره في شكل رسمي(4).

2- تمييز الإقرار عن الإجازة:

يتمثل دور الإقرار في منح فعالية للتصرف الذي تم لحساب الغير بدون سلطة. فهو إذن يلعب دور تكميليا أكثر منه إنشائيا، إذ يبقى التصرف الذي قام به المتعهد محدود الأثر حتى يظهر الغير موافقته المجسدة في إقراره (5) فإرادة الغير تأتي لتدعيم ما تم لحسابه بدون سلطة فبالرغم من التشابه الظاهر الذي يجمع بين الإجازة والإقرار لكونهما يستندان إلى تصرف سابق لجعله مستقرا أو نهائيا إلا أن هناك إختلاف كبير بينهما.

---

1) M STORCK O.P CITE PAGE 13.

2) الدكتور عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج1 صفحة 621

3) M STORCK O.P CITE PAGE 13.

4) 1JEAN BOULANGER THESE PRECITEE PAGE 106.

5- JEAN BOULANGER THESE PRECITEE PAGE 105 ET 106.

فالإجازة هي عمل قانوني بإرادة منفردة تصدر من أجل إزالة عيب شاب العقـد، فيكون هذا لأخير بدونها قابلا للإبطال كالمالك الذي يجيز بيع الغير لملكه، فهـذا العقـد موجود من الناحية القانونية و يرتب كافة آثاره حتى يتقرر إبطاله فتزول هذه الآثار بأثر رجعي ويثبت وجوده نهائيا بنزول صاحب الشأن عن إبطاله (1) هذا حسب مـا نـصت عليه المادة 100 من القانون المدني الجزائري التي تقول: " يزول حق إبطال العقد بإجازة صريحة أو ضمنية، وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخـلال بحقـوق الغير".

فصاحب الإجازة إذن يقوم بتصحيح ما قام به بإرادته سابقا فهو يريد بذلك إزالـة العيوب التي تشيب العقد كوقوع صاحب الإجازة في غلط أو إكراه ... إلخ

إذن فالإجازة تدعم العلاقة التي قام بها المجيز بنفسه على عكس الإقرار في نظـام التعهد عن الغير فإرادة المتعهد عنه تدعم إرادة المتعهد المتدخل بدون سـلطة و بالتـالي فالإقرار ينشىء أثرا هاما هو جعل التعهد أكثر فعالية بعد أن كان غير نافد في حقه.

ويشترك الإقرار والإجازة في كونهما يخضعان لمبدأ رجعية أثرهما وكون أن هذا الأثر لا بد أن لا يمس بحقوق الغير الذي إكتسب حقا من المجيز أو المقر. لكـن الأثـر الرجعي للإجازة فهو بقوة القانون وفق نص المادة 100 من القانون المـدني الجزائـري بينما الأثر الرجعي للإقرار فهو يستخلص من الإرادة الصريحة أو الـضمنية لـصاحبه و هذا ما تؤكده المادة 114 قانون مدني جزائري.

1- د/ محمد تقية المرجع السابق صفحة 102.

الفرع الثاني

الإقرار تنفيذ عيني للتعهد

قد يحدث أن يوافق الغير على الإلتزام المتعهد به لحسابه ثم يعدل عن هذه الموافقة بحيث يصبح غير راغب في الإلتزام بالتعهد. هنا و نظـرا لأن المتعهـد ملـزم بإيجـاد الإلتزام، فإن التزامه يتوقف منذ لحظة قبول الغير و بالتالي فهو غير ملزم بضمان تنفيذه (1) و يكون المتعهد قد نفذ التزامه بمجرد إقرار الغير للتعهد حتى و لم ينفذه الغير فيمـا بعد. فلا يمكن أن يكون المتعهد ضامنا لتنفيذ التعهد إلا إذا وجد نص صريحا على ذلـك (2)، فهو ملزم بإيجاد الإلتزام المتعهد به.

تجدر الإشارة الى أن إصدار الإقرار من قبل الغير غير كاف لتحلل المتعهد مـن التزامه اتجاه المتعهد له، فبالإضافة إلى إصداره لا بد أن يكون الإقرار مستوفيا لـشروط صحته، الشكلية والموضوعية معا و إلا كان قابلا للإبطال كأن يصدر الإقرار من ناقص الأهلية، فهذا الأخير غير أهل لإصدار الإقرار لأنه ناقص الأهلية من شأنه أن يلزمه تجاه المتعهد له وفقا لنص المادة 83 من قانون الأسرة التي تعتبر تصرفات ناقص الأهلية قابلة للإبطال.

و إذا استوفى الإقرار كل شروطه تنشأ علاقة قانونية بين كل مـن المتعهـد لـه والغير. و تبدأ هذه العلاقة حسب موضوع التعهد و الصورة التي يتخذها. فكمـا سـبقت الإشارة إليه التعهد إما يكون مستقلا بذاته وهنا يكون بمثابة الإيجاب ويلتزم الغيـر منـذ لحظة قبوله بالتعهد طبقا للمادة 114 من القانون المدني الجزائري. أما إذا كـان التعهـد تصرفا تبعيا لعقد رئيسي فإن إقراره له يكون له أثر رجعي إلى يوم إبرام التعهد لحـسابه و لا يعد هذا خروجا عن مبدأ نسبية أثار العقد، لأن الغير في هذه الحالة يكون قد إرتضاه بإرادته المنفردة.(3).

1- د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج 1 ص 620.

2- JEAN BOULANGER THESE PRECITEE PAGE 36.

3- د/ فريدة زواوي المرجع السابق صفحة 174.

وفي كلتا الصورتين يصبح الغير مسؤولا تجاه المتعهد له أما المتعهد فيعـد موفيـا لالتزامه بحصوله على إقرار الغير ولا يهم إن تقاعس الغير في تنفيذ الالتزام المتعهد به.

و تجدر الإشارة الى أنه قد يتعدد المتعهدون عن الغير و في هذه الحالة يرى الفقيه " بولونجي " أنهم يكونون متضامنين تجاه المتعهد له لأنه يعتبر المتعهد فضوليا (1).

و نحن نرى أن هذا الموقف يعد تطبيقا منطقيا للقواعد العامة لتصرف الشخص عن الغير بدون سلطة و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 549 من القانون التجاري و الذي إعتبر الأشخاص الذين تعاملوا بإسم الشركة التي لم تقيد فـي الـسجل متعهـدين متضامنين من غير تحديد أموالهم.

و نرى أنه لا مانع من تطبيق أحكام الفضالة فيما يخص حالـة تعـدد الفـضوليين حسب ما نصت عليه المادة 154 من القانون المدني الجزائري.

و عليه إذا تعدد المتعهدون و تم تعهدهم في عقد واحد كانوا متـضامنين، بينمـا إذا تولى كل واحد منهم تعهدا يختلف عن الأخر فإن كل متعهد يكون مسؤولا وفـق المـادة 114 من القانون المدني الجزائري.

كما أنه قد يتعدد المتعهد عنهم ففي هذه الحالة لا يمكن مطالبتهم جميعا على أساس التضامن في حالة إقرار أحدهم فكل منهم حر في الإقرار أو عدمـه لأن الإقـرار يعـد تصرفا قانونيا بإرادة منفردة و لا يلزم إلا صاحبه.

1- JEAN BOULANGER THESE PRECITEE PAGE 137.

الخـاتـمـــة

ما نخاص إليه في خاتمة دراستنا للطبيعة القانونية للتعهد عن الغير، أن العقد الذي ينشئ التزاما في ذمة الغير يعتبر إستثناءا عن مبدأ نسبية أثار العقد لكن التعهد عن الغير لا يرتب التزاما في ذمة الغير إلا إذا ارتضاه بمحض إرادته، إذا خول له القانون كامـل السلطة و الحرية في الإقرار أو عدم الإقرار و هذا ما يجعله غير نافذ فـي حقـه فـي الأصل.

كما أن حرية هذا الغير في الواقع ليست مطلقة إذ يجد هذا الغير نفسه في غالـب الأحيان مضطرا للإقرار من أجل عدم الأضرار بالمتعهد نظرا للعلاقة التي تربطـه بـه و هي إما علاقة قرابة مثل حالة الولي الذي يكون في الغالب الأب أو علاقـة صداقـــة لكن هذا مجرد اعتبار خلقي يرجع لضمير الغير لا أكثر أما من الناحية القانونية فإن للغير كامل الحرية في الإقرار أو عدمه و هذا ما أكدتـه المـادة 114 مـن القـانون المـدني الجزائري.

و المتعهد يختلف عن النائب من حيث أن هـذا الأخيـر يعمـل باسـم الأصـيل و تنصرف أثار نيابته إلى هذا الأخير. بينما المتعهد يعمل باسمه و لا تنصرف أثار التعهد إلى الغير إلا إذا أقره.

و يختلف أيضا عن الفضولي من حيث طبيعة الالتزام، كون الفضولي ملزم ببـذل عناية أما المتعهد فهو ملزم بتحقيق نتيجة كأصل، و يختلفان أيـضا مـن حيـث نطـاق تطبيقهما فميدان تصرف الفضولي يكون في أعمال الإدارة دون أعمال التصرف التي تعد نادرة فيه على عكس التعهد إذ المتعهد يكون مرتبط فـي الغالب بعقد من عقود التصرف كعقد البيع و رأينا أن هذا لا يمنع من اعتبار المتعهد فضوليا عند توافر شروط النظامين معا.

و لقد خلصنا إلى أن المتعهد ملزم بإيجاد الالتزام و ليس بتنفيذه مما يجعله يتميـز عن الكفيل الذي يكون وفقا لأحكام الكفالة ملزما بتنفيذ الالتزام في حالة عدم تنفيذ المـدين الأصلي لالتزامه.

كما عرفنا أن التعهد عقد رضائي و فـي إمكان طرفيه الاتفاق علـى أن يلتـزم المتعهد بضمان تنفيذ الالتزام في حالة رفض الغير مما يجعله في مركز الكفيل. و يطبـق نفس الحكم في حالة كفالة مدين بسب نقص الأهلية، فهنا نكون أمام كفيل متعهد.

و كون التعهد عقدا فإن إخلال المتعهد بالتزامه يقيم مسئوليته العقدية التي لا يمكنه التحليل منها إلا بإثباته للسبب الأجنبي إذ لا يمكنه أن يحتج برفض الغير كـسبب أجنبـي يعفيه منها. و يترتب على قيام هذه المسؤولية وجوب تعويض المتعهد لـه عـن رفـض الغير.

وهذا التعويض يمكن الاتفاق عليه كشرط جزائي أو يتدخل القضاء في تحديـده إذا لم يقم طرفا التعهد بتحديده. و يشمل التعويض ما فات المتعهد له من كسب و ما لحقه من خسارة من جراء رفض الغير و في أي حال من الأحوال لا يمكن إجبار المتعهـد علـى تنفيذ الالتزام المتعهد به لأنه كما رأينا فهو غير ملزم بالضمان، إلا إذا أراد ذلك و كـان هذا الالتزام غير متعلق بشخص الغير.

و رأينا أن العقد المقترن بتعهد عن الغير قبل إقراره هو عقد صـحيح و نهـائي و لكنه غير نافذ في حق الغير إلا إذا أقره. لكن باعتبار التعهد نادرا ما يكون مستقلا بذاته فإن موافقة الغير باعتباره أجنبيا عن التعهد ما هي إلا إقرار منه لما تم لحـسابه بـدون سلطة و هذا الإقرار و تماشيا مع طبيعته القانونية فإنه يستند أثره إلى يوم إبـرام التعهـد لحساب هذا الغير إذا استخلص ذلك صراحة أو ضمنيا من إرادته.

و رأينا أن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظرتين: أخذ بنظرية الإيجاب عندما اعتبر موافقة الغير قبولا للإيجاب. و تأثر بنظرية العقد التام عندما اعترف بالأثر الرجعي للقبول و ليس للإقرار و هذا ما يخالف الطبيعة القانونية للقبول فكان عليه الأخذ بنظرية العقد التام و اعتبار موافقة الغير إقرارا، خاصة أن التعهد عن الغير من النادر إيجاده مستقلا بذاته. لهذا فلقد كان على المشرع الجزائري عند تنظيمه للتعهد أن ينهج منهج المشرع الفرنسي الذي إعتبر موافقة الغير إقرارا و لا قبولا.

و هذا الإقرار يعتبر بمثابة شرط لنفاد التعهد في حق الغير. كما يمكننا اعتباره بمثابة تنازل المتعهد عن حقه في الاحتجاج بعدم نفاد التعهد في حقه و لا يمكن في أي حال من الأحوال اعتباره وكالة سابقة نظرا لإمكانية أن يكون هذا الغير قاصرا و بالتالي غير أهل لإعطاء وكالة سابقة.

كما أنه يستوجب الأمر في الإقرار شروطا موضوعية و شكلية حتى يكون نافذا في حق الغير حتى يتحلل المتعهد من التزامه تجاه المتعهد له، فالإقرار له دور تكميلي و ليس إنشائي و هذا ما يميزه عن الإجازة التي تأتي من أجل أن تزيل العيب الذي شاب العقد و تجعله صحيحا. بينما الإقرار يكون من أجل دعم عقد تم بدون سلطة.

و توفر هذه الشروط يؤدي إلى براءة ذمة المتعهد باعتباره ملزما بضمان إيجاد الالتزام و ليس ضامنا لتنفيذه من قبل الغير. كما يظهر أيضا دور الإقرار في كونه تنفيذ عيني للتعهد و عليه تقام علاقة عقدية بين المتعهد له و الغير و التي تبدأ منذ إقرار الغير للتعهد إلا إذا إستخلص صراحة أو ضمنيا إرادة الغير في إسناد أثره إلى يوم إبرامه.

و ما يمكننا الإشارة إليه أن المتعهد ما كان يتعهد لولا العلاقة التي تربطه بالغير و لولا يقينه الكافي بأن الغير سيقر ما قام به لحسابه. فالتعهد له أهمية عملية في مجال التعاملات بين الأفراد فلو لم تكن له هذه الأهمية لما تطور و أصبح يظهر في المجال

الاقتصادي خصوصا في ميدان البنوك نظرا لخاصية الضمان التي يعطيها للمتعاقـد مـع المتعهد.

وعليه فالتعهد عن الغير أداة قانونية تتأقلم ومتطورات المجتمع فمن مجاله التقليدي المنحصر في التعاملات العائلية والمالية انتقل إلى مجال الاقتصاد والعلاقـات التجاريـة الدولية إذن فهو ليس بنادر الوقوع، ودخول الجزائر في اقتصاد السوق سيجعلها تلجأ إليه نظرا لصفة الضمان التي يتمتع بها حتى تستطيع تحفيز الدول على التعاقد والتعامل معها.

كما يمكننا في الأخير أن نقترح على المشرع إدراج التعهد عن الغير ضمن طائفة عقود الضمان مثل عقد الكفالة مثل ما قام به المشرع الألماني كما لا بد من جعل موافقـة الغير إقرارا للتعهد و ليست قبولا خصوصا و أن التعهد عن الغير من النادر إيجاده بصفة مستقلة و هو غالبا ما يكون مرتبطا بعقد أكثر و أوسع منه مدى.

قـائـمــة المـراجــع

(باللغة العربية)

*- الدكتور: أنور سلطان، الموجز في مصادر الإلتزام ، طبعة 1996 ، منـشأة المعارف الإسكندرية .

*- الدكتور : بلحاج العربي ، النظرية العامـة للإلتـزام فـي القـانون المـدني الجزائري الجزء الأول ، التصرف القـانوني ، العقـد و الإرادة المنفـردة ، ديـوان المطبوعات الجامعية.

*- الدكتور : جلال علي العـدوي ، أصـول الإلتزمـات طبعـة 1997 ، دار المعارف الإسكندرية .

*- الدكتور : جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للإلتزامات طبعـة 1997 ، دار المعارف الإسكندرية

*- الدكتور خليل حسن أحمد قدادة ، الموجز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول مصادرالإلتزام ، ديوان المطبوعات .

*- الدكتور: زهير المارتيني، الوجيز في نظريـة الإلتـزام – مديريـة الكتـب و المطبوعات -. – حلب – طبعة أولى 1967.

*- الدكتور : سمير تناغو ، الدكتور : محمد منصور ، نظرية القانون و الإلتـزام . نظرية القانون ، نظرية الحق ، نظرية العقد ، أحكام الإلتزام طبعـة 1997 ، ديـوان المطبوعات الجامعية

*- الدكتور: علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام طبعـة 19 ديوان المطبوعات الجامعية.

*- الدكتور:عبد المنعم فرج الصدة ، مصا در التزام طبعـة 1992 دار النهـضة العربية.

*- الدكتور: عبد الرازاق السنهورى ،الوسيط في شرح القانون المـدنى الجـزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام الطبعة الثانية 1964 ، دار النهضة.
*- الدكتور: عبد الرازاق السنهورى ،الوسيط في شرح القانون المـدنى الجـزء العاشر: الكفالة الطبعة الثانية 1964 ، دار النهضة.

*- الدكتور : عبد الودود يحى ، الموجز فى النظرية العامة للالتزام ، لمـصادر، الاحكام، الاثبات طبعة 1994 دار النهضة العربية القاهرة.

*- الدكتور : عبد السيد احمد عبد ا نظرية العقد فى قانون المعاملآت المدنيـة الإماراتي، دراسة مقارنة الفقه الإسلامي طبعة 1995 دار النهضة العربية.

*- علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للإلتزامات طبعة 97 – طبعة الكاهنة.

*- عبد الحي حجازي النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول الإلتزام في حد ذاتـه طبعة 1953.
*- عبد الحي حجازي النظرية العامة للإلتزام الجزء الثاني مصادر الإلتزام طبعة 1953.

*- الدكتور: عبد المنعم البدراوي، الجزء الثاني أحكـام الإلتـزام، دار النهـضة العربية 1968.

*- الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المـدني، النظريـة العامـة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام طبعة 1977 / 1978 المطبعة الجديدة دمشق.

*- الدكتور: محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائـري و التشريعة الإسلامية طبعة 1984 ، المؤسسة الوطنية للكتاب.

*- الدكتور: محمد على البدوي، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول مـصادر الإلتزام طبعة 1993 منشورات الجامعة المفتوحة.

*- الدكتور: مصطفى الجمال، مصادر الإلتزام دار المطبوعات الجامعية 1959.

***- الرسائل الجامعية:**

*- الدكتورة: فريدة زواوي، رسالة دكتوراه: مبدأ نسبية أثار العقد سنة 1992.

***- المحاضرات:**

- محاضرة الدكتور: أمحمدي سليمان – محاظرات حول الكفالة للعـام الدراسـي 1996 – 1997م.

- المقالات:

*- الأستاذ محمد سعيد جعفر مجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية جزء 39 رقم: 01 ، 2001.

*- بوحلاسة عمار الوكالة في القانون المدني الجزائري - مجلة الموثق العدد 15 سنة 1998 .

القـوانـيـن

*- الامر رقم: 25 58 المؤرخ فى 20رمضان عام 1395الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدنى.

*- القانون رقم 84 – 11 المؤرخ فى 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ: 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الاسرة.

*- الأمر رقم: 75/ 59 ، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري.

*- القرآن الكريم: المصحف الشريف.

OUVRAGES EN FRANÇAIS

OUVRAGES GENERAUX

1- ALEXWEIL-FRANCOIS TERRE : DROIT CIVIL LES OBLIGATIONS : DEUXIEMME EDITION LIBRERIE DALLOZ 1975.

2 - AHMED LOURDJANE-LE DROIT CIVIL ALGERIEN-EDITION HARMATTANE 1985.

3 - (HENRY ET LEON) MAZEAUD ET JEAN (MAZEAUD-LES LECONS DE DROIT CIVIL : TOME II 1ER VOLUME - EDITION MONCHRESTIEN.

4 - CORINNE RENAUT -BROHINSKY : DROIT CIVIL- LES OBLIGATIONS-GUALINE EDITEUR PARIS 1999.

OUVRAGES SPECIAUX :

THESE:

- JEAN BOULANGER : LA PROMESSE DE PORTE .FORT ET LES CONTRATS POUR AUTRUI –THESE .COEN 1933

LES ARTICLES :

1- M.VERICEL –DESUETUDE OU ACTUALITEDE LA PROMESSE DE PORTE –FORT. ARTICLE –D 1988.

2- M.STORCK : JURIS CLASSEUR CIVIL ART 1120 FAS -7.2- CONTRAT ET OBLIGATION -1992.

DICTIONNAIRE JURIDIQUE.

- ALBERT JEAN DARMON - DICTIONNAIRE JURIDIQUE ET CONTRACTUEL DES AFFAIRES ET PROJETS- LA PROMESSE DE PORTE- FORT- COPYRIGHT 2002.
- SERGE BRAUDO- DICTIONNAIRE DU DROIT PRIVE- PORTE- FORT (CLAUSE DE).

CIRCULAIRE:

- ARTICLE 6:LIENS MATERIELS PERSONNELS AVEC LE CLIENT- PORTE- FORT -DU 21 FEVRIER 1969.
- EXT. BULLETIN - PORTE- FORT- NI 73,OCTOBRE 1983

خـطـة البـحـث